Handeln im Namen der Aktiengesellschaft vor ihrer Eintragung in das Handelsregister

mit kurzer Darstellung des englischen und französischen Rechts.

INAUGURAL-DISSERTATION

der juristischen Fakultät

der Friedrich-Alexanders-Universität

zu Erlangen

vorgelegt von

ALFRED LACH

Gerichtsassessor

aus Berlin.

Approbiert am 13. Oktober 1936.

1 9 3 7

DISSERTATIONS-VERLAG G. H. NOLTE DÜSSELDORF

1937/122

Referent: Universitäts-Prof. Dr. Liermann.

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

LITERATUR-VERZEICHNIS

Borchardt, O., Handelsgesetze des Erdballs.

Brodmann, E., Kommentar zum Aktienrecht. Berlin 1928.

— Kommentar zum Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung, Berlin 1924.

Crüger-Crecelius, Kommentar zum GmbH-Gesetz, 6. Auflage, Berlin-Leipzig 1922.

Curti, A., Die englische Aktiengesellschaft nach neuem Recht, Berlin 1929.

Dressler, K., Die Rechtsgeschäfte der Kapitalgesellschaft vor der Eintragung, Diss. Köln 1927.

Düringer-Hachenburg, Das Handelsgesetzbuch, 4. Band, 3. Auflage 1929.

Egli, H. W., Die Gründung der Aktiengesellschaft im englischen Recht (company limited by shares) verglichen mit geltendem und vorgeschlagenem schweizerischen Aktienrecht, Diss. Zürich 1923.

Feine, E., Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung in Ehrenbergs Handbuch des gesamten Handelsrechts. 3. Band, Abteilung III, 1929.

Fischer, R., Die Aktiengesellschaft in Ehrenbergs Handbuch. 3. Band, Abteilung I, 1916.

Gareis, Das deutsche Handelsrecht, 8. Auflage, 1909.

v. Gierke, Julius, Handelsrecht und Schiffahrtsrecht, 3. Auflage, 1929.

v. Gierke, Otto, Die Genossenschaftstheorie und die deutsche Rechtsprechung, Berlin 1887.

— Vereine ohne Rechtsfähigkeit nach dem deutschen Recht. 2. Auflage, 1902.

Giseke, G., Die Vereinigung zur Gründung einer Aktiengesellschaft. Diss. Jena 1928.

Goldschmit, Fr., Die Aktiengesellschaft, München 1927.

Hachenburg, Kommentar zum GmbH-Gesetz, Band 1, 5. Auflage, Berlin-Leipzig 1926.

Hallstein, W., Die Aktienrechte der Gegenwart, Berlin 1931.

Heberlein, E., Die GmbH vor der Eintragung in das Handelsregister, Diss. Breslau 1913.

Heymann, Die nicht eingetragene GmbH in Jherings Jahrbüchern, Band 75, Seite 426 ff.

Homberger, L., Das Recht der entstehenden Aktiengesellschaft, Diss. Würzburg 1906.

Houpin et Bosvienx, Traité général théorique et pratique des societes civiles et commerciales et des associations, 6. Auflage, Paris 1929.

Kloss, G., Eintritt der Aktiengesellschaft in die für sie im Gründungsstadium geschaffenen Rechte und Pflichten. Diss. Göttingen 1930.

Lehmann, K., Das Recht der Aktiengesellschaft. Band 1, 1898.

Lehmann-Ring, Das Handelsgesetzbuch, 1. Band, 2. Auflage, Berlin 1914.

Liebmann, Kommentar zum GmbH-Gesetz, 6. Auflage, Berlin 1921.

Makower, Das Handelsgesetzbuch mit Kommentar, Band 1, 13. Aufl., 1906.

Mann, F., Die Sachgründung im Aktienrecht in Geilers Wirtschaftsrechtliche Abhandlungen, Heft 7, Berlin 1932.

Meyer, S., Die Rechtsnatur der nach § 188 HGB „errichteten" nach § 200 HGB nicht „eingetragenen" Aktiengesellschaft aus den Unterschieden zwischen nicht rechtsfähigem Verein und Gesellschaft entwickelt. Diss. Erlangen 1913.

Müller, H., Die Errichtung der Aktiengesellschaft. Diss. Kiel 1924 (Maschinenschrift).
Müller-Erzbach, Deutsches Handelsrecht, 2. und 3. Auflage, Tübingen 1928.
Palmer, Sir, Company law, a practical handbook for lawyers and business men — with an appendix containing the Companies Act 1908, London 1921.
Passow, Die Aktiengesellschaft, 2. Auflage, Berlin 1922.
Pic-Thaller, Traité général théorique et pratiques de droit commercial des sociétés comerciales Tome deuxième. Paris 1914.
Ritter, K., Das Handelsgesetzbuch, Berlin 1910.
Sass, H. W., Die Handlungen der GmbH im Gründungsstadium. Diss. Köln 1924. (Maschinenschrift).
Scholz, Kommentar zum GmbH-Gesetz, Köln 1928.
Schreiber, Kommanditgesellschaft auf Aktien, München 1925.
Sieburg, B., Die Aktiengesellschaft und die GmbH vor ihrer Eintragung in das Handelsregister, Diss. Göttingen. 1927.
Silbernagel, A., Die Gründung der Aktiengesellschaft nach deutschem, schweizerischem, französischem und englischem Recht. Berlin 1907.
Staub-Pinner, Kommentar zum HGB, 2. Band, 12. und 13. Auflage 1926.
Staudinger, Kommentar zum BGB, 9. Auflage, 1929, 2. Band,
Takaki, K., Die Rechtsverhältnisse der Aktiengesellschaft bis zu ihrer Eintragung ins Handelsregister, Diss. Heidelberg 1906.
Walsmann, Der Verzicht. Leipzig 1912.
Wieland, K., Handelsrecht, 2. Band, Die Kapitalgesellschaften, München und Leipzig 1931.
J. S., Journal des sociétés civiles et commerciales, Revue pratique de jurisprudence de doctrine et de législation, publiée par C. Houpin et H. Bosvieux.

INHALT

A. Einleitung 1

B. Hauptteil: Die Rechtsverhältnisse der entstehenden Aktiengesellschaft.

I. Die Rechtsnatur der errichteten Gesellschaft
1. Allgemeines 2
2 Die Gründungsvereinigung beurteilt sich nicht ausschließlich nach Aktienrecht 3
3. Sie ist entgegen der herrschenden Ansicht auch keine Gesellschaft bürgerlichen Rechts 4
4. Durch die Errichtung wird die Gesellschaft zu einem nicht rechtsfähigen Verein 7

II. Die im Vorgründungsstadium geschlossenen Rechtsgeschäfte im Verhältnis zur entstandenen Gesellschaft 9
1. Kein unmittelbarer Eintritt der Gesellschaft in solche Rechtsgeschäfte 10
2 Die im Namen der Gesellschaft getätigten Rechtsgeschäfte werden durch nachträgliche Genehmigung wirksam . . 11

III. Das Verhältnis der entstandenen Gesellschaft zu den im Gründungsstadium geschlossenen Geschäften 11
1. Folgerungen aus der Identität zwischen errichteter und entstandener Gesellschaft 12
2. Die durch notwendige Geschäfte begründeten Rechte und Pflichten stehen der entstandenen Gesellschaft unmittelbar zu.
a) Die unzureichende Begründung der herrschenden Lehre 13
b) Die aus den gesetzlichen Sicherungsvorschriften sich ergebenden Folgerungen 14
3. Die nicht notwendigen Geschäfte werden nur durch Genehmigung seitens der entstandenen Gesellschaft für diese wirksam 16
4. Die unmittelbare Bindung der Gesellschaft an die in der Satzung geregelten Geschäfte 18

IV. Die entstehende Aktiengesellschaft nach ausländischem Recht.
1. Das englische Recht 19
2. Das französische Recht 22

C. 2. Hauptteil: Die persönliche Haftung des Handelnden nach § 200 Abs. 1, S. 2 HGB.

I. Der Rechtscharakter der Haftungsvorschrift 26
1. Sie ist kein Anwendungsfall des § 179 BGB.
2. Die Vorschrift enthält auch keine handelspolitische Strafnorm 28
3. Sie bezweckt lediglich den Schutz des Vertragsgegners . . 28

II. Die Art der unter § 200 Abs. 1, S. 2 HGB fallenden Handlungen.
1. Das Vorliegen eines formgültigen Gesellschaftsvertrages ist nicht erforderlich 30
2. Auch die namens der entstehenden Gesellschaft getätigten Geschäfte begründen die persönliche Haftpflicht . . . 33
3. § 200 Abs. 1, S. 2 HGB umfaßt auch notwendige oder in der Satzung geregelte Geschäfte 34

III. Die handelnden Personen
1. Die weite Auslegung des Begriffs durch das Reichsgericht 35
2. Die von Scholz vertretene abweichende Auffassung . . 36

IV. Art und Umfang der Haftung 37

V. Die persönliche Haftung beim Eintritt der Aktiengesellschaft in die für sie begründeten Rechtsverhältnisse.
1. Die Haftung erlischt nicht infolge der Genehmigung nicht notwendiger Geschäfte durch die Gesellschaft 39
2. Sie bleibt auch beim Eintritt in notwendige Geschäfte bestehen 41
3. Der Handelnde und die Gesellschaft haften in solchen Fällen als Gesamtschuldner 41

VI. Ausschluß und Wegfall der persönlichen Haftung.
1. Ausschluß durch vorherige Vereinbarung unter den Parteien 42
2. Nachträglicher Wegfall durch befreiende Schuldübernahme oder Verzicht 44

EINLEITUNG.

Die Aktiengesellschaft ist eine juristische Person und als solche fähig, selbständige Trägerin von Rechten und Pflichten zu sein. Die juristische Persönlichkeit erlangt sie, wie sich aus einer Gegenüberstellung der §§ 200 Abs. 1 und 210 Abs. 1 HGB ergibt, mit ihrer Eintragung in das Handelsregister. Von diesem Zeitpunkt ab wirken daher alle namens der Aktiengesellschaft von ihren verfassungsmäßigen Organen vorgenommenen Rechtsgeschäfte ohne weiteres für und gegen die Gesellschaft. Die Beurteilung solcher Rechtsgeschäfte bietet keinerlei Schwierigkeiten. Diese tauchen jedoch dann auf, wenn schon vor der Eintragung der Gesellschaft in das Handelsregister, also vor ihrem Existentwerden, Rechtsgeschäfte im Hinblick auf die noch nicht bestehende Aktiengesellschaft vorgenommen werden. Der Abschluß solcher Geschäfte läßt sich häufig garnicht vermeiden; er ist mitunter sogar erforderlich. Man denke nur an die Geschäfte, durch deren Vornahme die Möglichkeit der Eintragung der Gesellschaft in das Handelsregister überhaupt erst geschaffen wird. Denn bevor der Registerrichter die Gesellschaft eintragen kann, muß sie naturgemäß bereits gebildet sein. So verlangt der vom Gesetz erforderte Gründungshergang die Zuziehung eines Notars zur Beurkundung des Gesellschaftsvertrages und der sonst noch erforderlich werdenden Verhandlungen, falls diese Beurkundungen nicht an Gerichtsstelle erfolgen. Es muß daher von den vorläufigen Organen der Gesellschaft ein Dienstvertrag mit einem Notar geschlossen werden. Desgleichen müssen mit dem zu bestellenden ersten Vorstand und Aufsichtsrat Anstellungverträge getätigt werden. Es müssen die auf die übernommenen bezw. gezeichneten Aktien zu zahlenden Mindestbareinlagen von den Gründern bezw. Aktienzeichnern eingefordert und entgegengenommen werden etc. Abgesehen von diesen sogenannten notwendigen Rechtsgeschäften bringt es der oft über längere Zeit sich erstreckende Gründungshergang mit sich, daß auch nicht notwendige Geschäfte schon vor der Eintragung der Gesellschaft vorgenommen werden. So wird es vielfach zweckmäßig sein, ein als Sacheinlage eingebrachtes Fabrikunternehmen namens der Aktiengesellschaft weiter zu führen, schon vor der Eintragung Vermögensgegenstände, die der spätere Betrieb der Gesellschaft erfordert, anzuschaffen oder Lieferungsverträge unter besonders günstigen Bedingungen schon jetzt abzuschließen. Alle diese Rechtsgeschäfte können im Zeitpunkt ihrer Vornahme die Aktiengesellschaft nicht unmittelbar berechtigen und verpflichten, denn diese besteht vor ihrer Eintragung noch nicht. Wer aber sonst aus ihnen berechtigt und verpflichtet wird, ob insbesondere

die für die Aktiengesellschaft im Gründungsstadium geschaffenen Rechte und Pflichten mit ihrer Eintragung in das Handelsregister ohne weiteres auf sie übergehen, bezw. unter welchen Voraussetzungen dies sonst geschieht, und wie schließlich die gemäß § 200 Abs. 1 S. 2 HGB bestehende persönliche Haftpflicht der vor der Eintragung der Gesellschaft Handelnden zu bestimmen ist, sind Fragen, die von jeher heiß umstritten waren. Sie sollen in der vorliegenden Arbeit den Gegenstand der Untersuchung bilden. Es soll, ausgehend von den Streitfragen über die Rechtsnatur der vor der Eintragung der Gesellschaft bestehenden Gründungsvereinigung und ihres Verhältnisses zur eingetragenen Aktiengesellschaft, der Versuch unternommen werden, die aus einem Handeln vor der Eintragung sich ergebenden Rechtsfolgen, insbesondere auch die persönliche Haftung des Handelnden, im einzelnen zu bestimmen. Zugleich soll durch Heranziehung einiger ausländischen Rechte gezeigt werden, wie sich das entsprechende ausländische Recht zu den hier auftauchenden Fragen verhält.

1. Hauptteil.

DIE RECHTSVERHÄLTNISSE DER ENTSTEHENDEN AKTIENGESELLSCHAFT.

I. Die Rechtsnatur der errichteten Gesellschaft.

1. Die Aktiengesellschaft gilt bei der Simultangründung mit der Übernahme sämtlicher Aktien durch die Gründer, bei der Sukzessivgründung mit dem sogenannten Errichtungsbeschluß in der konstituierenden Generalversammlung als errichtet (§§ 188, 196 HGB). Gleichwohl besteht sie nach § 200 Abs. 1 S. 1 vor ihrer Eintragung in das Handelsregister nicht. Diese Bestimmung kann jedoch nur den Sinn haben, daß vor der Eintragung eine Aktiengesellschaft mit den ihr durch § 200 Abs. 1 zuerkannten, aus ihrer juristischen Persönlichkeit fließenden Eigenschaften nicht vorhanden ist. Nicht kann aus jener Vorschrift gefolgert werden, daß vor der Eintragung der Gesellschaft in das Handelsregister ein irgendwie geartetes Rechtsgebilde überhaupt nicht existiert. Diese heute allseitig vertretene Auffassung findet sich vor allem auch in den Motiven zum Gesetz von 1884, in denen ausdrücklich hervorgehoben wird, daß die Eintragung nur für die Gesellschaft nach außen hin entscheidend sei, im Innern jedoch schon vor der Eintragung ein von den Gründern verschiedenes Rechtssubjekt bestehe. Es kann sich daher nur fragen, welches die Rechtsnatur der als Folge der Errichtung der Aktiengesellschaft entstandenen Gründungsvereinigung ist. Ist sie eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts oder ein nicht rechtsfähiger Verein oder keines von beiden, sondern vielmehr ein aktienrechtliches Ge-

bilde, dem lediglich die durch die Eintragung der Gesellschaft zu erwerbenden Fähigkeiten ermangeln? Diese Frage ist von jeher bestritten gewesen und wird auch heute trotz umfangreicher Behandlung in Rechtsprechung und Literatur keineswegs einheitlich beantwortet.

2. Um das Wesen der Gründungsvereinigung bestimmen zu können, kann man und muß man auf die Vorschriften bürgerlichen Rechts zurückgehen, da die aktienrechtlichen Bestimmungen hierüber nichts enthalten, und auch aktienrechtliche Gesichtspunkte einer Heranziehung des bürgerlichen Rechts nicht entgegenstehen. Der von einigen Schriftstellern vertretenen Auffassung [1]), daß die Gründungsvereinigung lediglich dem Aktienrecht unterstehe, kann nicht beigepflichtet werden. Wenn Schreiber zur Begründung dieser Ansicht anführt, daß zwischen Personenvereinigungen mit und ohne Rechtsfähigkeit ein Unterschied nicht bestehe, die werdende Aktiengesellschaft vielmehr nichts anderes als die fertige Gesellschaft abzüglich der durch die Eintragung zu erwerbenden Eigenschaften sei, so muß ihm entgegengehalten werden, daß die Identität von nicht eingetragener und entstandener Gesellschaft den von ihm hieraus gezogenen Schluß in keiner Weise rechtfertigt. Warum sollte denn nicht auf die Aktiengesellschaft Aktienrecht und auf die noch nicht zur Aktiengesellschaft gewordene Gründungsvereinigung bürgerliches Recht Anwendung finden können? Die Identität stützt also die Auffassung Schreibers nicht. Andere Momente, die gegen die Anwendbarkeit des bürgerlichen Rechts sprechen, vermag er, wie auch die anderen Schriftsteller, jedoch nicht anzuführen. Wäre es tatsächlich die Absicht des Gesetzgebers gewesen, die Gründungsvereinigung nicht dem bürgerlichen Recht zu unterstellen, so hätte er sicher erschöpfende Normen über sie im Rahmen des Aktienrechts getroffen und nicht, wie es im § 197 HGB geschehen ist, nur einzelne aktienrechtliche Bestimmungen auf die Gründungsvereinigung für anwendbar erklärt.

3. Das bürgerliche Recht kennt zwei Arten von nicht rechtsfähigen Personenvereinigungen — nur um eine solche kann es sich bei der Gründungsvereinigung handeln — nämlich den Verein ohne Rechtsfähigkeit (§ 54 BGB) und die Gesellschaft bürgerlichen Rechts (§§ 705 ff. BGB). Die Frage, ob die Gründungsvereinigung als das eine oder das andere aufzufassen ist, mag auf den ersten Blick mit Rücksicht auf § 54 BGB, der die Anwendbarkeit der gesellschaftsrechtlichen Regeln auf den nicht rechtsfähigen Verein vorschreibt, ziemlich bedeutungslos erscheinen. Sie ist es aber schon um deswillen nicht, weil zwischen beiden Personenvereinigungen begrifflich wesentliche Unterschiede bestehen, und viele im Zusammenhang mit der Gründung auftauchende Fragen, insbesondere

1) Schreiber, a.a.O., S. 36, Feine, a.a.O., S. 201, Takaki, a.a.O., S. 48.

nach dem unmittelbaren Eintritt der entstandenen Aktiengesellschaft in eine Reihe der vor ihrer Eintragung in ihrem Namen geschlossenen Geschäfte, ohne Festlegung des Rechtscharakters der Gründungsvereinigung nicht befriedigend beantwortet werden können.

Die in der Praxis unter Führung des Reichsgerichts und auch im Schrifttum herrschende Auffassung [2]) sieht die Gründungsvereinigung als eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts an, deren alleiniger Zweck die Gründung der Aktiengesellschaft ist. Demgegenüber gewinnt in neuerer Zeit mehr und mehr die Lehre an Boden, die die Gründungsvereinigung als nicht rechtsfähigen Verein aufgefaßt wissen will [3]). Die Vertreter der herrschenden Anschauung führen zur Begründung ihres Standpunktes im wesentlichen immer dieselben negativen Merkmale an, aus denen sich ergeben soll, daß die Gründungsvereinigung kein Verein ohne Rechtsfähigkeit sein könne.

Sie berufen sich einmal darauf, daß der nicht rechtsfähige Verein den Zweck habe, dauernd im Rechtsverkehr aufzutreten, was von der Gründungsvereinigung, die nur vorübergehend bestehe, um die Aktiengesellschaft zur Eintragung zu bringen, nicht gesagt werden können. Dieses Argument erscheint indessen nicht durchschlagend. Es bestehen schon Zweifel, ob die Voraussetzung, von der die herrschende Lehre ausgeht, daß nämlich der Verein den Zweck habe, dauernd im Rechtsverkehr aufzutreten, richtig ist. Das Gesetz bietet nämlich keinerlei Anhalt dafür, daß das Moment der Dauer ein begriffswesentliches Erfordernis des nicht rechtsfähigen Vereins ist. Aus § 74 Abs. 2 BGB, der hier, wo es sich lediglich um die Festlegung der Begriffsmerkmale des Vereins handelt, auf den nicht rechtsfähigen Verein in gleicher Weise angewandt werden kann, ergibt sich vielmehr das Gegenteil. Es muß zwar zugegeben werden, daß der nicht rechtsfähige Verein seiner ganzen Organisation nach immer auf eine gewisse Dauer angelegt sein muß und nicht z. B. für einen Tag gegründet werden kann. Er unterscheidet sich aber insoweit weniger von einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts, als von einer bloßen Versammlung [4]). Ist die Anlage aber so, daß von einer bloßen Versammlung nicht gesprochen werden kann, so schließt der Wille der Personenvereinigung, nur auf eine bestimmte Dauer zu bestehen, nicht aus, daß sie gleichwohl als nicht rechtsfähiger Verein anzusehen ist. Diese Auffassung wird insbesondere auch durch die Überlegung gestützt, daß bei der Gründung eines rechtsfähigen Vereins des bürgerlichen Rechts vor der Eintragung in das Vereinsregister zweifellos ein nicht rechtsfähiger Verein und nicht

---

2) RGZ 58, 56; 82, 290; 83, 373; 87, 249; 105, 228; Gruchot Bd. 46 S. 854; Staub-Pinner, a.a.O., § 188 Anm. 4; Staub-Hachenburg, a.a.O., § 11 Anm. 2; Goldschmit, a.a.O., § 188 Anm. 4; Sass, a.a.O., S. 27 u. a.

3) Otto v. Gierke, a.a.O., S. 276; Fischer in Ehrenbergs Handb. III, 1 S. 109; Heymann in Jherings Jahrb. Bd. 75, 417; Dressler, a.a.O., S. 17; Homberger, a.a.O., S. 20 ff.; Meyer, a.a.O., S. 31 ff. u. a.

4) RGST 21, 71.

eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts besteht, obwohl dieser nicht rechtsfähige Verein ebenso wie die Gründungsvereinigung den Zweck hat, baldmöglichst juristische Person zu werden. Der mit dem Begriffserfordernis der Dauer gestützte Einwand der herrschenden Lehre greift aber auch schon deshalb nicht durch, weil die Gründungsvereinigung tatsächlich auf die Dauer angelegt ist. Nach der allgemein vertretenen Identität zwischen Gründungsvereinigung und entstandener Aktiengesellschaft ist die Gründungsvereinigung nicht Rechtsvorgängerin der Aktiengesellschaft. Beide sind vielmehr ein und dasselbe Rechtsgebilde, das nur mit der Eintragung seine Rechtsform ändert. Geht man von dieser durchaus zutreffenden Auffassung über das Verhältnis der nicht eingetragenen und der eingetragenen Gesellschaft aus, so kann nicht mehr die Rede davon sein, daß die Gründungsvereinigung nur vorübergehend bestehe. Sie besteht vielmehr auch nach der Eintragung fort, nur mit dem Unterschied, daß sie nunmehr selbständige Rechtsfähigkeit hat.

Die herrschende Lehre glaubt ferner auch mit dem Hinweis auf die bei der Gründungsvereinigung fehlende Möglichkeit des Mitgliederwechsels, das Bestehen eines nicht rechtsfähigen Vereins vor der Eintragung leugnen zu müssen. Dieses Argument erscheint indessen bei näherer Betrachtung gleichfalls nicht stichhaltig. Daß die Unabhängigkeit vom Mitgliederwechsel ein begriffswesentliches Erfordernis des Vereins überhaupt und damit auch des nicht rechtsfähigen Vereins ist, wird zwar zu Recht allgemein angenommen [5]). Den Beweis dafür, daß die Unabhängigkeit vom Mitgliederwechsel der Gründungsvereinigung fehle, vermögen die Verfechter der herrschenden Lehre aber nicht in überzeugender Weise zu führen.

Sie berufen sich, soweit sie überhaupt eine Begründung für ihre Auffassung anführen, allgemein darauf, daß nach § 200 Abs. 2 HGB eine Übertragung der Anteilsrechte vor der Eintragung der Gesellschaft in das Handelsregister mit Wirksamkeit gegenüber der Gesellschaft nicht erfolgen kann. Diese Begründung scheitert jedoch schon daran, daß aus der Bestimmung des § 200 Abs. 2 HGB, wie ihre Entstehungsgeschichte ergibt, ein Schluß auf die Rechtsnatur der Gründungsvereinigung nicht gezogen werden kann. Da im ADHGB und auch noch in den Novellen von 1870 und 1884 eine dem § 200 Abs. 2 HGB. entsprechende Vorschrift nicht bestand, war nach altem Recht eine Übertragung der Anteilsrechte auch vor der Eintragung der Gesellschaft zulässig. Kann man schon hieraus mit ziemlicher Sicherheit folgern, daß der Gesetzgeber durch die Aufnahme dieser Bestimmung in das neue HGB nicht plötzlich die Rechtsnatur der Gründungsvereinigung hat ändern wollen, sondern von anderen Gesichtspunkten geleitet war, so wird dies durch die Motive vollends klargestellt [6]). In ihnen wird das Verbot der Anteilsübertragung damit begründet, daß die Beteiligung an einem Unterneh-

5) v. Gierke, Vereine S. 15—16; Kloss, a.a.O., S. 26.
6) Hahn, Mat. Bd. 6, S. 296.

men, solange es noch nicht eingetragen sei, keinen zur Veräußerung geeigneten Gegenstand bilde und auch aus wirtschaftlichen Gründen die Zulassung eines Handelns mit Anteilen an einer noch nicht ins Leben gerufenen Gesellschaft bedenklich erscheine. Durch § 200 Abs. 2 HGB sollte also lediglich, wie es bereits durch die §§ 186 ff. geschehen war, die Öffentlichkeit, die vor der Eintragung nicht die Möglichkeit hat, sich durch Einsichtnahme in die Revisorenberichte und die Satzung ein Bild über den Gründungshergang zu schaffen, geschützt werden. Aus dieser Schutzvorschrift etwas über die Rechtsnatur der Gründungsvereinigung herleiten zu wollen, erscheint somit unmöglich.

Abgesehen hiervon wäre die von der herrschenden Lehre aus § 200 Abs. 2 gezogene Folgerung auch nur dann richtig, wenn die Freiheit des Mitgliederwechsels gleichbedeutend mit der Unabhängigkeit vom Mitgliederbestande wäre. Das ist aber keineswegs der Fall. Das dem nicht rechtsfähigen Verein innewohnende Moment der Unabhängigkeit vom Mitgliederwechsel hat lediglich die Bedeutung, daß der Verein durch das Ausscheiden eines Mitgliedes z. B. durch Tod in seinem Bestande nicht berührt wird. Eine Personenvereinigung kann daher auch dann, wenn durch die Satzung die rechtsgeschäftliche Übertragung der Mitgliedschaftsrechte an Dritte ausgeschlossen sein sollte, ein Verein sein, sofern nur das Ausscheiden eines Mitgliedes durch Tod auf das Bestehen der Vereinigung keinen Einfluß ausübt [7]). Wollte man also bei der Gründungsvereinigung die Unabhängigkeit vom Mitgliederwechsel verneinen, so müßte man nachweisen, daß sie durch den Tod eines Gründers aufgelöst wird. Dieser Nachweis läßt sich jedoch mit der Vorschrift des § 200 Abs. 2 HGB, die nur die Freiheit des Mitgliederwechsels ausschließt, nicht führen [8]). Ein solches Ergebnis wäre auch praktisch völlig unhaltbar. Das OLG Dresden [9]) hat die Frage, ob die Gründungsvereinigung durch den Tod eines Gründers oder Aktienzeichners aufgelöst werde, zu Recht mit der Begründung verneint, daß diese Frage unabhängig von der Rechtsnatur der Gründungsvereinigung allein nach aktienrechtlichen Gesichtspunkten zu entscheiden sei, diese aber nicht für eine Auflösung sprächen.

Sass [10]) hat für die Gründungsvereinigung der G.m.b.H., bei der die Problemstellung die gleiche wie im Aktienrecht ist, einen anderen Gesichtspunkt zur Begründung der Gesellschaftstheorie hervorgekehrt. Er verweist darauf, daß § 54 S. 2 BGB die gleiche Haftungsanordnung enthalte wie § 11, Abs. 2 GmbH-Gesetz. Hieraus zieht er den Schluß, daß der Gesetzgeber nie daran gedacht haben könne, die Gründungsvereinigung der GmbH ebenso wie der Aktiengesellschaft als nicht rechtsfähigen Verein aufzufassen. Welchen Anlaß hätte er sonst gehabt, so fragt er, die bereits im bürgerlichen

7) O. v. Gierke, Vereine S. 15 ff.
8) vgl. hierzu insbesondere Kloss, a.a.O. S. 28.
9) OLG Bd. 4, 22.
10) Sass, a.a.O., S. 26—27.

Recht enthaltene Haftungsanordnung noch einmal im Handelsrecht zu treffen. Sass übersieht indessen, daß aus einer bloßen Haftungsvorschrift über die Rechtsnatur der werdenden Aktiengesellschaft nichts entnommen werden kann. § 54 S. 2 BGB unterscheidet sich im übrigen von § 11 Abs. 2 GmbH-Gesetz und § 200 Abs. 1 S. 2 HGB zum mindesten insofern, als die bürgerlich-rechtliche Bestimmung ein Handeln im Namen des bereits vorhandenen nicht rechtsfähigen Vereins, die handelsrechtliche Vorschrift aber auch ein Handeln namens der noch nicht bestehenden AG bezw. GmbH regelt. Von einer bloßen Wiederholung des § 54 S. 2 BGB könnte also auch dann nicht die Rede sein, wenn die Gründungsvereinigung ein nicht rechtsfähiger Verein sein sollte.

4. Man wird die Frage, ob sich die entstehende Aktiengesellschaft als nicht rechtsfähiger Verein oder als eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts darstellt, nicht ohne Stellungnahme zu der anderen Streitfrage, wie der Abschluß des Gesellschaftsvertrages juristisch zu beurteilen ist, beantworten können. Nach der früher durchaus herrschenden Meinung[11]) wird durch den Abschluß des Gesellschaftsvertrages lediglich ein obligatorisches Verhältnis unter den Gründern und Aktienzeichnern geschaffen, durch das diese zur tätigen Mitwirkung an der Entstehung der Gesellschaft verpflichtet werden. Demgegenüber setzt sich in neuerer Zeit mehr und mehr die sogenannte Gesamtaktstheorie[12]) durch. Nach ihr ist die Entstehung der Aktiengesellschaft nicht auf einen obligatorischen Vertrag unter den Gründern und Aktienzeichnern, sondern auf die einseitigen, nebeneinander hergehenden Willenserklärungen der Beteiligten zurückzuführen, die sämtlich auf denselben, außerhalb ihrer Rechtssphäre liegenden Zweck der Gründung der Aktiengesellschaft gerichtet sind. Dieser Auffassung muß gegenüber der Vertragstheorie unbedingt der Vorzug gegeben werden, weil angenommen werden muß, daß die Beteiligten durch den Abschluß des Gesellschaftsvertrages nicht nur obligatorische Rechte und Pflichten untereinander begründen wollen. Ihr Wille ist vielmehr auf die Schaffung einer Korporation gerichtet, die ihnen als besonderes, einheitliches Ganzes gegenübertreten soll. Diese Erkenntnis hindert jedoch nicht die Annahme, daß die Gründer unabhängig von der Körperschaftsbildung in einem obligatorischen Vertragsverhältnis zueinander stehen. Es wird im Gegenteil in der Praxis kaum vorkommen, daß die Gründer zur notariellen Beurkundung des Gesellschaftsvertrages schreiten, ohne sich vorher in allen Einzelheiten zur Mitwirkung an der Gründung der Aktiengesellschaft verpflichtet zu haben. Nur hat dieses obligatorische Verhältnis, worauf von den Vertretern der

11) Behrend, a.a.O., Bd. 1 Abt. 2 S. 722; Goldmann, a.a.O. § 182 Anm. 1; Lehmann-Ring, a.a.O., § 182 Anm. 1

12) O. v. Gierke, Genossensch. Theorie S. 15 ff., 114 ff.; Dressler, a.a.O., S. 20; Sieburg, a.aO., S. 7 ff.; Kloss, a.a.O., S. 4 ff.; R. Fischer, a.a.O., S. 74 u. a

Vereinstheorie[13]) mit Recht verwiesen wird, nichts mit der Gründung der Aktiengesellschaft zu tun.

Geht man von der allein richtigen Auffassung aus, daß die Gründung der Aktiengesellschaft eine Körperschaftsbildung ist, und betrachtet man ferner die Organisation der Gründungsvereinigung, so kommt man zu dem Ergebnis, daß dieses Gebilde nur ein nicht rechtsfähiger Verein sein kann. Die Tatsache allein, daß die Gründungsvereinigung wie der Verein eine Mitgliederversammlung, die sog. Generalversammlung, hat, durch die genau wie beim Verein die Vertretungsorgane, nämlich Vorstand und Aufsichtsrat zu wählen sind, läßt es unmöglich erscheinen, die Gründungsvereinigung als eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts anzusprechen.

Gegen die Gesellschaftstheorie spricht aber insbesondere auch die heute allgemein in Praxis und Theorie[14]) vertretene Identität zwischen der Gründungsvereinigung und der fertigen Gesellschaft. Man ist heute einig darüber, daß errichtete und entstandene Gesellschaft nicht im Verhältnis von Rechtsvorgängerin und Rechtsnachfolgerin zueinander stehen, sondern daß beide ein und dasselbe Rechtsgebilde in verschiedenen Entwicklungsabschnitten sind. An dieser Identität zu zweifeln, besteht auch nicht der geringste Anlaß. Aus dem ganzen Zusammenhalt der gesetzlichen Bestimmungen ergibt sich völlig eindeutig, daß die Aktiengesellschaft schon von der Errichtung an besteht und nicht erst durch den Formalakt der Eintragung in das Handelsregister als etwas ganz Neues geschaffen wird. Mit ihrer Eintragung erhält die bereits vorher vorhandene Aktiengesellschaft lediglich neue Eigenschaften; sie wird rechts- und damit insbesondere grundbuchfähig.

Nur als „solche", d. h. als selbständige Trägerin von Rechten und Pflichten, besteht die Aktiengesellschaft nach § 200 Abs. 1 S. 1 HGB vor der Eintragung nicht. Sind aber errichtete und entstandene Aktiengesellschaft miteinander identisch, so können sie ihrem Wesen und ihrer Struktur nach nicht verschieden voneinander sein. Die errichtete Gesellschaft muß ebenso wie die eingetragene korporativen Charakter haben, also ein nicht rechtsfähiger Verein sein. Wie sollte eine bürgerlich-rechtliche Gesellschaft, deren Wesen in einer gesamthänderischen Verbindung ihrer Mitglieder untereinander besteht, identisch sein können mit der ihren Mitgliedern als etwas von ihnen Verschiedenes gegenübertretenden Aktiengesellschaft? In welche Schwierigkeiten die Vertreter der Gesellschaftstheorie mit der auch von ihnen anerkannten Identität kommen, zeigt mit aller Klarheit die sehr widerspruchsvolle Entscheidung des Reichsgerichts im 83. Band S. 370. In dieser Entscheidung stellt sich

---

13) Homberger, a.a.O., S. 6; Heberlein, a.a.O., S. 18; Sieburg, a.a.O., S. 7; Kloss, a.a.O., S. 17.

14) RG 39, 29; 58, 55; 82, 290; 85, 256; 87, 249; 105, 228; Staub-Pinner, a.a.O., § 200 Anm. 3; J. v. Gierke, a.a.O., S. 283; Goldschmit, a.a.O., § 188 Anm. 4; Homberger, a.a.O., S. 27; Heberlein, a.a.O., S. 36; Dressler, a.a.O., S. 44; Sieburg, a.a.O., S. 28; Sass, a.a.O., S. 34.

das Reichsgericht erstmalig auf den schon immer von Brodmann [15]) vertretenen folgerichtigen Standpunkt, daß die Gründungsgesellschaft mit der Eintragung ihren Zweck erreicht habe und sich damit von selbst auflöse. Es bedarf keiner weiteren Ausführung darüber, daß diese Folgerung die Annahme einer Identität zwischen errichteter und eingetragener Gesellschaft schlechthin unmöglich macht. Wenn nämlich die bürgerlich-rechtliche Gesellschaft sich mit der Eintragung in das Handelsregister auflöst, so kann die im Zeitpunkt der Auflösung erst entstehende Aktiengesellschaft mit ihr nicht identisch sein. Diese Folgerung [16]) zieht aber das Reichsgericht keineswegs; es vertritt vielmehr auch in dieser Entscheidung wie in allen anderen die Identitätslehre. Aus all diesen Gründen muß daran festgehalten werden, daß die im Zeitpunkt zwischen Errichtung und Eintragung der Aktiengesellschaft bestehende Gründungsvereinigung ein nicht rechtsfähiger Verein ist.

II. Die im Vorgründungsstadium geschlossenen Rechtsgeschäfte im Verhältnis zur entstandenen Aktiengesellschaft.

Nach der Erörterung der Rechtsnatur der Gründungsvereinigung ist zunächst die praktisch ungemein wichtige Frage zu prüfen, welche Bedeutung die vor der Eintragung namens der Aktiengesellschaft geschlossenen Rechtsgeschäfte für die entstandene Gesellschaft haben. Man muß bezüglich dieser Geschäfte unterscheiden, ob sie vor oder nach der Errichtung der Gesellschaft geschlossen worden sind. Diese Unterscheidung rechtfertigt sich ohne weiteres aus der Überlegung, daß vor der Errichtung von der Aktiengesellschaft überhaupt noch nichts vorhanden ist, während diese nach der Errichtung, wie gezeigt worden ist, bereits in der Form eines nicht rechtsfähigen Vereins besteht.

1. Schon bei der Prüfung der rechtlichen Natur der Satzungsfeststellung ist mit wenigen Worten darauf hingewiesen worden, daß meist vor der Errichtung der Gesellschaft ein gesellschaftlicher Zusammenschluß unter den Gründern mit dem Ziel der Gründung der Aktiengesellschaft erfolgt. Diese gesellschaftliche Bindung unter den Gründern hat jedoch mit der Gründung der Aktiengesellschaft nichts zu tun; sie steht gänzlich außerhalb des Gründungshergangs. Das Gründungskonsortium ist daher auch weder mit der errichteten noch mit der eingetragenen Gesellschaft identisch. Hält man sich diese Tatsache vor Augen, so kann die Antwort auf die Frage, ob die vor der Errichtung im Zusammenhang mit der Gründung der Gesellschaft getätigten Rechtsgeschäfte auf die entstandene Gesellschaft unmittelbare Wirkung ausüben,

15) vgl. Brodmann, a.a.O., S. 103.

16) Brodmann leugnet konsequenterweise die Identität aus diesem Grunde.

nicht schwer fallen. Sie lautet: nein! Handeln die Gründer namens der von ihnen in diesem Zeitpunkt gebildeten bürgerlich-rechtlichen Gesellschaft, so berechtigen und verpflichten sie sich lediglich selbst. Ein unmittelbarer Übergang dieser Rechte und Pflichten auf die errichtete und später entstandene Aktiengesellschaft ist aus dem Grunde mangelnder Identität von Gründerkonsortium und errichteter bezw. eingetragener Gesellschaft nicht denkbar. Allerdings können die Gründer, wie das stets möglich ist, durch Abschluß eines Vertrages zu Gunsten Dritter auch unmittelbar Rechte für die Aktiengesellschaft begründen. Zur unmittelbaren Verpflichtung der Gesellschaft besteht aber, abgesehen von der später noch zu besprechenden Aufnahme der Verbindlichkeiten in die Satzung, keine Handhabe, weil das Gesetz Verträge zu Lasten Dritter nicht kennt. Sollen die zunächst für das Gründerkonsortium geschaffenen Rechte und Verbindlichkeiten für die Aktiengesellschaft wirksam gemacht werden, so kann dies nur auf dem Wege der Rechtsübertragung bezw. Schuldübernahme geschehen [1]).

Wird von den Gründern vor der Errichtung nicht namens ihres Konsortiums, sondern im Namen der noch nicht bestehenden Aktiengesellschaft gehandelt, so wird weder diese noch das Konsortium berechtigt und verpflichtet. Für das Konsortium können diese Geschäfte nicht wirksam werden, weil sie nicht in seinem Namen geschlossen sind; für die Aktiengesellschaft nicht, weil die Gründer keine Vertretungsmacht für sie haben. Es kann keinem Zweifel unterliegen, daß die Gründer vor der Errichtung nicht als Organe der Aktiengesellschaft angesehen werden können. Da ein Organ ein Teil der Körperschaft selbst ist, durch den diese handelnd in der Außenwelt auftritt, kann nach richtiger Auffassung [2]) von ihm erst gesprochen werden, wenn die Körperschaft existiert. Vor der Errichtung ist aber von der Aktiengesellschaft noch nichts vorhanden. Aus dem gleichen Grunde ist auch die Ansicht Hombergers [3]) abwegig, der die Gründer vor der Errichtung als Organe der zukünftigen Aktiengesellschaft bezeichnet.

2. Es erhebt sich nunmehr die Frage, ob die von den Gründern im Vorgründungsstadium als Vertreter ohne Vertretungsmacht geschlossenen Rechtsgeschäfte den §§ 177 ff. BGB unterliegen, ob mit anderen Worten diese Geschäfte durch Genehmigung seitens der errichteten bezw. entstandenen Gesellschaft wirksam werden können. Diese Frage ist nicht unbestritten. Man hat hier und da die Anwendbarkeit der §§ 177 ff. BGB auf diese Geschäfte mit dem Hinweis auf § 200 Abs. 1 S. 2 HGB abgelehnt. Aus dem bloßen Vorhandensein dieser Vorschrift glaubt man folgern zu müssen, daß der Gesetzgeber die bürgerlich-rechtlichen Vorschriften über die

1) Goldschmit, a.a.O., § 200 Anm. 9; Staub-Hachenburg, a.a.O., § 11, Anm. 3; Sieburg, a.a.O., S. 7 ff.; Dressler, a.a.O., S. 9; Kloss, a.a.O., S. 37.
2) Gierke, Gen. Theorie S. 614 ff.
3) Homberger, a.a.O., S. 27.

Stellvertretung ohne Vertretungsmacht für die hier vorliegenden Fälle ausgeschaltet wissen will. Dieser Ansicht kann nicht beigetreten werden. Es ist zwar zuzugeben, daß die die persönliche Haftung des Handelnden anordnende Vorschrift des § 200 Abs. 1 S. 2 HGB sich in wesentlichen Punkten, so vor allem in bezug auf die Exkulpationsmöglichkeit, von der im § 179 BGB geregelten Haftung des Vertreters ohne Vertretungsmacht unterscheidet. Hieraus aber zu folgern, daß die Wirksamkeit solcher ohne Vertretungsmacht geschlossenen Geschäfte nicht nach den §§ 177 ff. BGB, sondern nach anderen Grundsätzen zu beurteilen sei, erscheint nicht angängig. Wie kann aus einer bloßen Haftungsvorschrift bezüglich der handelnden Personen etwas über die Wirksamkeit der von ihnen geschlossenen Rechtsgeschäfte entnommen werden! Da aber andere nicht im § 200 Abs. 1 S. 2 HGB begründete Bedenken gegen die Anwendbarkeit der §§ 177 ff. BGB nicht vorgebracht werden können, eine Heranziehung dieser Vorschriften auch durchaus zweckmäßig erscheint, muß die Möglichkeit der Genehmigung der im Vorgründungsstadium geschlossenen Geschäfte durch die vertretene Aktiengesellschaft nach den Grundsätzen der Stellvertretung ohne Vertretungsmacht bejaht werden[4]). Daß die Aktiengesellschaft zur Zeit der Vornahme der in Rede stehenden Geschäfte noch nicht besteht, hindert nach heute durchaus herrschender Auffassung die Annahme einer vollmachtlosen Stellvertretung nicht[5]).

Die Genehmigung kann durch die Organe der entstandenen Gesellschaft und, da diese mit der errichteten Gesellschaft identisch ist, auch durch die Organe der Gründungsvereinigung erfolgen. Allerdings kann diese, wie Kloss[6]) zutreffend hervorhebt, nur die Geschäfte genehmigen, die sie selbst mit Wirksamkeit für die Aktiengesellschaft abschließen könnte, und das sind, wie später noch darzulegen ist, nur sog. notwendige Geschäfte.

III. Das Verhältnis der entstandenen Gesellschaft zu den im Gründungsstadium abgeschlossenen Geschäften.

Es ist gezeigt worden, daß vor der Errichtung der Aktiengesellschaft von den Gründern in keinem Falle derart namens der Gesellschaft gehandelt werden kann, daß diese nach ihrer Entstehung unmittelbar berechtigt und verpflichtet wird. Es fragt sich nunmehr, ob auch im Zeitraum zwischen Errichtung und Eintragung der Gesellschaft ein verbindliches Handeln für die Aktiengesellschaft „als solche" unmöglich, oder ob hier die Rechtslage anders ist.

---

4) Übereinstimmend Kloss, a.a.O., S. 43 ff.; Dressler, a.a.O., S. 27.
5) Staudinger zu § 686 BGB; RGRK Bem. 2 zu § 686; Dressler, a.a.O., S. 28; Sass, a.a.O., S. 63.
6) vgl. Kloss, a.a.O., S. 45.

1. Schon früher wurde allgemein angenommen, daß gewisse für die Gründungsvereinigung begründete Rechte und Pflichten auch der Aktiengesellschaft nach ihrer Entstehung unmittelbar zustehen. Und zwar wurde der unmittelbare Übergang dieser Rechte und Pflichten von der errichteten auf die entstandene Aktiengesellschaft in verschiedener Weise, unter anderem mit Hilfe der Universalsukzession, der Geschäftsführung für eine nicht bestehende Person oder des Vertrages zu Gunsten Dritter, begründet[7]). Alle diese Konstruktionsversuche erwiesen sich jedoch als mehr oder weniger anfechtbar. Nach der Anerkennung der Identität von Gründungsvereinigung und Aktiengesellschaft hat sich als herrschend die Auffassung durchgesetzt, daß nur mit der Identität der unmittelbare Übergang von im Gründungsstadium begründeten Rechten und Pflichten auf die entstandene Aktiengesellschaft zwanglos erklärt werden kann. Dieser Ansicht hat sich insbesondere auch das Reichsgericht angeschlossen, obwohl es keineswegs alle aus der Identität sich ergebenden Folgerungen, vor allem auch hinsichtlich der Rechtsnatur der Gründungsvereinigung, zieht[8]). Es ist in der Tat einleuchtend, daß allein die Identität der entscheidende Gesichtspunkt ist. Da die Gründungsvereinigung in der Aktiengesellschaft fortlebt, beide ein und dasselbe Rechtsgebilde sind, müssen notwendigerweise alle von der Gründungsvereinigung wirksam begründeten Rechte und Pflichten auch der Aktiengesellschaft zustehen. Dies gilt in gleicher Weise für alle der Gründungsvereinigung zustehenden Rechte und Pflichten. Wenn das Reichsgericht[9]) den unmittelbaren Übergang auf solche Rechte und Pflichten beschränkt, „die der Begründung des Vereins oder der Erlangung der Rechtsfähigkeit dienen", so setzt es sich einmal mehr mit der Identitätstheorie in Widerspruch. Das vom RG gewonnene Ergebnis, daß die Aktiengesellschaft nur aus den vor der Eintragung getätigten notwendigen Geschäften unmittelbar berechtigt und verpflichtet werde, kann vielmehr nur gebilligt werden, wenn nachzuweisen ist, daß sich auch die Gründungsvereinigung nur durch solche Geschäfte berechtigen und verpflichten kann.

2. a) In Rechtsprechung und Literatur[10]) bezieht man sich zum Nachweise dafür vielfach auf § 200 Abs. 1 S. 2 HGB. Man glaubt aus dieser Bestimmung folgern zu müssen, daß der Gesetzgeber mit der Anordnung der strengen persönlichen Haftpflicht des Handelnden nicht nur ein Handeln vor der Eintragung der Gesellschaft allgemein hat verbieten, sondern auch die Unwirksamkeit der entgegen diesem Verbot abgeschlossenen Rechtsgeschäfte hat anordnen wollen. Diese Argumentation erscheint indessen äußerst bedenklich. Es ist bereits darauf hingewiesen worden, daß die Haftungs-

7) vgl. Giseke, a.a.O., S. 14—15.
8) Hierüber insbesondere Kloss, a.a.O., S. 49 ff.
9) RG in Recht 1911 Nr. 3408.
10) RG 32, 97; KGJ 40, 67 ff.; Staub-Pinner, a.a.O., § 200 Anm. 5.

vorschrift des § 200 Abs. 1 S. 2 HGB einen Schluß auf die Wirksamkeit oder Unwirksamkeit der vor der Eintragung geschlossenen Rechtsgeschäfte nicht zuläßt, ebenso wenig wie aus § 54 S. 2 BGB etwas über die Wirksamkeit der namens des nicht rechtsfähigen Vereins vorgenommenen Rechtsgeschäfte entnommen werden kann. Zu welchen Schwierigkeiten eine solche Auslegung des § 200 Abs. 1 S. 2 HGB führt, beweist am besten der Umstand, daß man trotz dieser Vorschrift die Wirksamkeit der sog. notwendigen Geschäfte anzunehmen gezwungen ist. Eine unterschiedliche Handhabung der Bestimmung je nachdem, ob es sich um notwendige oder nicht notwendige Geschäfte handelt, ließe sich aber, wenn in ihr tatsächlich etwas über die Wirksamkeit der Rechtsgeschäfte enthalten wäre, durch nichts rechtfertigen. Es geht natürlich auch nicht an, über diese Schwierigkeit einfach, wie es das Reichsgericht im 32. Bd. S. 97 tut, mit der bloßen Behauptung hinwegzugehen, daß § 200 Abs. 1 S. 2 HGB nur eine grundsätzliche Regelung darstelle, die durch andere Gesetzesvorschriften bezüglich der notwendigen Geschäfte durchbrochen worden sei.

Was Kloss[11]) in seiner Polemik gegen das Reichsgericht vorbringt, ist andererseits gleichfalls nicht überzeugend. Nach seiner Ansicht ergibt sich die Unrichtigkeit des vom RG vertretenen Standpunktes schon daraus, daß es einer Vorschrift zur Verhütung nicht notwendiger Geschäfte vor der Eintragung nicht bedurft hätte, wenn der Gesetzgeber von der Unwirksamkeit dieser Geschäfte ausgegangen wäre. Aus unwirksamen Geschäften könnten nämlich weder die Aktiengesellschaft noch die Aktionäre und Gläubiger der Gesellschaft geschädigt werden, so daß es sinnlos wäre, diese Geschäfte verhüten zu wollen. Es liegt indessen auf der Hand, daß der mit der Gründungsvereinigung kontrahierende Dritte gerade durch unverbindliche Geschäfte, die er im Vertrauen auf ihre Wirksamkeit vorgenommen hat, in hohem Maße geschädigt werden kann. Die im 32. Bd. vertretene Auffassung des RG ist lediglich deshalb unhaltbar, weil aus § 200 Abs. 1 S. 2 HGB die Unwirksamkeit der vor der Eintragung geschlossenen Geschäfte nicht ohne weiteres gefolgert werden kann.

In einer späteren Entscheidung im 83. Bd.[12]) begründet das RG seine Ansicht auch mit der Vorschrift des § 200 Abs. 1 S. 1 HGB. Diese Bestimmung, nach der die Aktiengesellschaft vor der Eintragung in das Handelsregister „als solche" nicht besteht, habe, wie das RG annimmt, nur dann eine sachliche Bedeutung, wenn man aus ihr folgere, daß die Gesellschaft vor der Eintragung nicht handelnd im Rechtsverkehr auftreten könne. Aus diesem Gesichtspunkt folge aber weiter, daß grundsätzlich alle vor der Eintragung geschlossenen Rechtsgeschäfte für die Gesellschaft unverbindlich seien. Durch eine vergleichsweise Heranziehung des § 210 HGB läßt sich

11) Kloss, a.a.O., S. 75.

12) RG 83 S. 370; ebenso Sass, a.a.O., S. 52 in bezug auf § 11 Abs. 1 GmbH.-G.

indessen leicht nachweisen, daß die sachliche Bedeutung des § 200 Abs. 1 S. 1 HGB auf anderem Gebiete liegt. Da nach § 210 die Aktiengesellschaft „als solche" selbständig ihre Rechte und Pflichten hat, Eigentum und andere dingliche Rechte erwerben und vor Gericht klagen und verklagt werden kann, bedeutet die Vorschrift des § 200 Abs. 1 S. 1 HGB, nach der die Aktiengesellschaft vor der Eintragung „als solche" nicht besteht, lediglich die Festlegung des Zeitpunktes, von dem ab die Gesellschaft die ihr durch § 210 beigelegten Eigenschaften besitzt. Andere Folgerungen lassen sich aus § 200 Abs. 1 S. 1 HGB bei unbefangener Auslegung nicht ziehen; insbesondere ergibt sich aus dieser Vorschrift ebenso wenig wie aus § 200 Abs. 1 S. 2 HGB die grundsätzliche Unwirksamkeit der vor der Eintragung geschlossenen Rechtsgeschäfte.

b) Die wenig überzeugende Begründung des RG hat neuerdings mehr und mehr die Ansicht aufkommen lassen, daß alle im Gründungsstadium ersichtlich für die Aktiengesellschaft geschlossenen Verträge diese nach ihrer Eintragung auch verpflichten [13]). So wendet insbesondere Müller-Erzbach gegen die Ansicht des RG ein, daß eine Beschränkung der Vertretungsmacht der Gründer bezw. des vorläufigen Vorstandes auf die notwendigen Geschäfte weder mit den Interessen noch mit dem Zweck der Gründung im Einklang stehe und auch nicht durch das Gesetz erfordert werde.

Diese Ansicht ist jedoch unhaltbar. In der Tat wird nur die von der herrschenden Lehre [14]) vertretene Beschränkung der Vertretungsmacht der Gründer auf notwendige Geschäfte den mit der Gründung verbundenen Interessen und auch den gesetzlichen Gründungsvorschriften gerecht. Stände das Gesetz auf dem Standpunkt, daß nicht nur die zur Herbeiführung der Eintragung der Gesellschaft unerläßlichen Rechtsgeschäfte, sondern Geschäfte aller Art von den vorläufigen Organen mit Wirksamkeit für und gegen die Gesellschaft abgeschlossen werden können, so hätten, wie J. von Gierke [15]) mit Recht betont, die ganzen gesetzlichen Sicherungsmaßnahmen keinen Sinn. Diese zielen aber gerade darauf hin, einerseits das der Gesellschaft nach der Satzung zustehende Vermögen bis zu ihrer Eintragung zu erhalten und andererseits der Öffentlichkeit eine Nachprüfung des Vermögensstandes der Gesellschaft zu ermöglichen. Weder der eine noch der andere Zweck wird aber erreicht, wenn schon vor der Eintragung die Gesellschaft mit Schulden aller Art belastet werden könnte. Daß der Gesetzgeber dies hat verhindern wollen, ergibt sich auch aus § 186 HGB. Was hätte es denn für einen Zweck, die Aufnahme der nicht durch Barzahlung zu leistenden Einlagen, sowie der Sachübernahmen in die

13) Müller-Erzbach, a.a.O., S. 258/60; Schreiber, a.a.O., S. 32; Feine, a.a.O., S. 194; OLG Frankfurt a. M. in Recht 1909 No. 147

14) RG 58, 55; 83, 370; 105, 228; Recht 1923 Nr 1028; Kloss, a.a.O., S. 86 ff.; Sieburg, a.a.O., S. 30.

15) J. v. Gierke, a.a.O., S. 281 ff.

Satzung zur Wirksamkeit gegenüber der Gesellschaft zu fordern, wenn durch den Abschluß langfristiger Verträge oder durch Festsetzung übermäßig hoher Angestelltengehälter nicht minder gefährliche Abreden ohne Aufnahme in die Satzung getroffen werden könnten. Diese Sicherungsvorschriften sind es demnach, aus denen eine Beschränkung der Vertretungsmacht der Gründer und des vorläufigen Vorstandes auf notwendige Geschäfte gefolgert werden muß.

Nur die durch den gesetzlichen Gründungshergang bedingten Rechtsgeschäfte berechtigen und verpflichten also die Aktiengesellschaft nach ihrer Eintragung unmittelbar. Für zulässig wird man aber weiter auch diejenigen einseitigen Rechtsgeschäfte halten müssen, die ihre Grundlage in wirksam abgeschlossenen Verträgen haben. Wenn die Gründer die Macht haben, notwendige und, wie später noch zu zeigen ist, auf dem Wege der Aufnahme in die Satzung auch nicht notwendige Verträge verbindlich für die Gesellschaft abzuschließen, so müssen sie auch befugt sein, die aus solchen Verträgen gegebenenfalls erforderlich werdenden einseitigen Rechtsgeschäfte wie Anfechtung, Kündigung etc. vorzunehmen[16]). Schließlich muß man auch die Wirksamkeit derjenigen Geschäfte annehmen, die in unmittelbarem Zusammenhang mit der Verwaltung der Einlagen vorgenommen werden. Da nach § 195 HGB bereits vor der Anmeldung zur Eintragung mindestens ein Viertel der übernommenen Aktienbeträge an den vorläufigen Vorstand gezahlt sein muß, so wird dieser schon vor der Eintragung regelmäßig im Besitz erheblicher Geldbeträge sein. Zur ordnungsmäßigen Verwaltung dieses Geldes gehört seine Sicherstellung z. B. durch Einzahlung bei einer Bank. Der Vorstand muß daher dem vermuteten Willen des Gesetzgebers entsprechend alle zur Erhaltung des Kapitals dienenden Maßnahmen befugtermaßen treffen können. Ein als Sacheinlage eingebrachtes, im Betrieb befindliches Fabrikunternehmen kann sogar nur durch Fortführung des Betriebes sachgemäß verwaltet werden. Durch eine Stillegung würde der Gesellschaft höchstwahrscheinlich ein erheblicher Schaden entstehen. Die Gründer bezw. der vorläufige Vorstand müssen daher in einem solchen Fall, wie die in der Literatur überwiegende Ansicht[17]) zu Recht annimmt, alle im Rahmen des bisherigen Geschäftsbetriebes liegenden Geschäfte auch weiterhin wahrnehmen können.

Aus den von den vorläufigen Organen der errichteten Gesellschaft wirksam abgeschlossenen Geschäften werden zunächst die Mitglieder der errichteten Gesellschaft berechtigt und verpflichtet. Sie haften jedoch nur beschränkt mit ihren Anteilen am Vereinsvermögen. Diese Haftungsbeschränkung gilt bei nicht rechtsfähigen Vereinen ohne weiteres als stillschweigend vereinbart. Sie kann bei

16) ebenso Kloss, a.a.O., S. 92.

17) J. v. Gierke, a.a.O., S. 285; Kloss, a.a.O., S. 96; Hans Müller, aa.O., S. 179; Staub-Pinner, a.a.O., § 200 Anm. 6; OLG Colmar, OLG 6, 186.

einer entstehenden Aktiengesellschaft, bei der die Absicht der Mitglieder von vornherein auf eine Beschränkung der Haftung gerichtet ist, erst recht nicht zweifelhaft sein [18]). Wird die Gesellschaft eingetragen, so stehen die für sie wirksam begründeten Rechte und Pflichten ipso iure ihr zu. Die Rechte und Verbindlichkeiten der Gründungsvereinigung verwandeln sich in solche der Aktiengesellschaft.

3. Die von den vorläufigen Organen im Gründungsstadium geschlossenen nicht notwendigen Rechtsgeschäfte sind, wie aus den gesetzlichen Sicherungsvorschriften gefolgert werden muß, weder für die errichtete noch für die entstandene Gesellschaft verbindlich. Das heißt aber nicht, daß diese Geschäfte endgültig ohne jede Bedeutung für die Gesellschaft sind. Die in Rechtsprechung und Literatur vorherrschende Ansicht [19]) sieht vielmehr zutreffend in der Vornahme eines solchen Geschäftes durch die vorläufigen Organe eine Stellvertretung ohne Vertretungsmacht für die künftige Gesellschaft, auf die die §§ 177 ff. BGB anzuwenden sind.

Gegen die Heranziehung dieser Vorschriften hat Kloss [20]) erhebliche Bedenken geäußert. Nach seiner Auffassung scheitere die Annahme einer Vertretung ohne Vertretungsmacht schon daran, daß die Gründer nicht für einen anderen, sondern als Organe der errichteten und damit auch der eingetragenen Gesellschaft tätig werden. Ein Organ vertrete nicht die Körperschaft, sondern sein Handeln sei ein Handeln der Körperschaft selbst. Abgesehen hiervon sei es vor allem in den Fällen unmöglich, die vorläufigen Organe als Vertreter ohne Vertretungsmacht anzusehen, wo sie auf ausdrücklichen Wunsch der Mitgliederversammlung oder aller Mitglieder gehandelt haben. Diese Bedenken sind jedoch nicht geeignet, die herrschende Lehre zu erschüttern. Es ist zwar zuzugeben, daß die Gründer bzw. der vorläufige Vorstand Organe der errichteten Gesellschaft sind und daß sich ihr Handeln daher regelmäßig als ein Handeln der Körperschaft selbst darstellt. Ihre organschaftliche Stellung hindert die Gründer aber nicht, in einzelnen Fällen als Privatpersonen aufzutreten. Ein Handeln eines Organs namens der Körperschaft wird insbesondere dann als Handeln einer Privatperson aufzufassen sein, wenn es mit dem von der maßgebenden Körperschaftsstelle, regelmäßig der Mitgliederversammlung, geäußerten Verbandswillen im Widerspruch steht. Aber auch dann wird das gleiche gelten müssen, wenn das Handeln des Organs zwar durch den geäußerten bezw. zu vermutenden Verbandswillen gedeckt wird, dieser Wille aber gegen das Gesetz verstößt. Da der

18) Staub-Pinner, a.a.O., § 200 Anm. 5; Fischer, a.a.O., S. 110 und die dort in Anm. 15 zitierten.

19) Staub-Pinner, a.a.O., § 200, Anm. 7; J. v. Gierke, a.a.O., S. 285; Goldschmit, a.a.O., zu § 200; R. Fischer, a.a.O., S. 110; Hans Müller, a.a.O., S. 181; RG 72, 404; 105, 228.

20) Kloss, a.a.O., S. 100.

errichteten Gesellschaft das Handeln bis auf die Vornahme notwendiger Geschäfte vom Gesetz versagt ist, ist ihr auf den Abschluß anderer Geschäfte gerichteter Wille unbeachtlich. Die Organe verlieren mit dieser Überschreitung der Befugnisse der Korporation ihre organschaftliche Stellung und werden zu Privatpersonen. Ihr Handeln unterscheidet sich damit in keiner Weise von dem eines beliebigen außerhalb der Körperschaft stehenden Dritten. Einer Anwendung der Grundsätze über die Stellvertretung ohne Vertretungsmacht auf die von ihnen abgeschlossenen nicht notwendigen Geschäfte steht daher nichts im Wege.

Eine Genehmigung dieser Geschäfte durch die errichtete Gesellschaft, die die Gründer infolge der Identität ebenso wie die entstandene Gesellschaft vertreten, ist naturgemäß nicht möglich, weil die Gründungsvereinigung diese Geschäfte eben nicht vornehmen kann. Wohl aber kann die Genehmigung durch die eingetragene, in ihrer Handlungsfähigkeit nicht beschränkte Aktiengesellschaft erfolgen. Sie wird in solchem Fall durch das zur Vertretung der entstandenen Gesellschaft berufene Organ, nämlich den Vorstand erklärt. Nach Kloss[21]) soll diese Genehmigung des Vorstandes nicht ohne Zustimmung der Generalversammlung möglich sein. Er begründet dieses Erfordernis damit, daß der Vorstand — wäre seine bloße Erklärung ausreichend — sich bei der Genehmigung nicht immer von sachlichen Gesichtspunkten leiten lassen und daher den vom Gesetz bezweckten Schutz der Gesellschaft vor gefährlichen Geschäften häufig illusorisch machen würde. Diese Gefahr bestände insbesondere in dem Fall, wo der Vorstand den Vertrag vor der Eintragung selbst geschlossen und deshalb gemäß § 200 Abs. 1 S. 2 HGB persönlich zu haften habe. Diese Argumente sind jedoch m. E. nicht geeignet, eine vom Gesetz nicht vorgesehene Mitwirkung der Generalversammlung bei der Genehmigung von Geschäften durch den Vorstand zu rechtfertigen. Nach der Eintragung der Gesellschaft ist der Vorstand als vertretungsberechtigtes Organ in der Lage, die entstandene Gesellschaft in jeder Weise, also auch durch die ungünstigsten Geschäfte zu verpflichten. Es ist deshalb nicht einzusehen, warum er in diesem Zeitpunkt die im Gründungsstadium geschlossenen Geschäfte nicht sollte allein genehmigen können. Daß der Vorstand nicht ein den Interessen der Gesellschaft zuwiderlaufendes Geschäft genehmigt, sucht bereits die Vorschrift des § 241 Abs. 2 HGB zu verhindern, nach der der Vorstand bei nicht ordnungsmäßiger Geschäftsführung der Gesellschaft gegenüber schadensersatzpflichtig wird. Einen weitergehenden Schutz hat der Gesetzgeber offenbar nicht für erforderlich gehalten.

4. Die Gründer bezw. die vorläufigen Organe werden häufig ein Interesse daran haben, vor der Eintragung auch nicht notwendige Geschäfte mit bindender Wirkung für die entstandene Ge-

21) Kloss, a.a.O., S. 114; J. v. Gierke, a.a.O., S. 285 erfordert sogar Genehmigung durch die GV.

sellschaft abzuschließen. Es ist z. B. durchaus denkbar, daß erst durch den Abschluß eines über längere Zeit laufenden Lieferungsvertrages die materielle Grundlage für eine Gesellschaftsgründung geschaffen werden würde. Die Gründer müssen in einem solchen Fall das betreffende Geschäft in den Gesellschaftsvertrag aufnehmen. Es erhält damit bindende Wirkung auch für die entstandene Aktiengesellschaft. Nach herrschender und richtiger Ansicht[22]) wird nämlich ein Geschäft, gleichgültig ob es im Rahmen des Gründungshergangs notwendig oder nicht notwendig war, durch die Aufnahme in die Satzung unmittelbar verbindlich für die eingetragene Gesellschaft. Daß durch die Aufnahme in die Satzung insbesondere auch nicht notwendige Geschäfte wirksam werden, ergibt sich für einen Teil dieser Geschäfte schon aus § 186 HGB. Nach dieser Bestimmung sind die nicht durch Barzahlung zu leistenden Einlagen, die Sachübernahmen, sowie ein ausbedungener Gründerlohn — alles nicht notwendige Geschäfte — der Gesellschaft gegenüber dann wirksam, wenn sie im Gesellschaftsvertrag festgesetzt worden sind. Aus dem Wortlaut dieser Bestimmung glaubt Brodmann[23]) folgern zu müssen, daß durch die Aufnahme in die Satzung nur diejenigen Geschäfte wirksam abgeschlossen werden können, die das Gesetz in § 186 HGB. ausdrücklich erwähnt. Diese in der Wortfassung tatsächlich begründete Schwierigkeit hat dazu geführt, daß einige Schriftsteller[24]) unter den Begriff der Sachübernahme jedes Vorbereitungsgeschäft der Gesellschaft, also beispielsweise auch einen Dienstvertrag subsumieren, um auf diese Weise eine Anwendbarkeit des § 186 HGB zu ermöglichen. Man kann der herrschenden Lehre aber auch dann beipflichten, wenn man den zweifellos bestehenden Unterschied zwischen Sachübernahmen und anderen Vorbereitungsgeschäften aufrecht erhält. Aus der Natur der Satzung, durch die die Verhältnisse der Aktiengesellschaft dem Willen der Beteiligten entsprechend auf unbestimmte Zeit bindend geregelt werden, folgt ohne weiteres, daß auch alle in der Satzung festgelegten Rechte und Pflichten unmittelbar solche der Aktiengesellschaft sind. Jede andere Auffassung würde, wie Fischer[25]) mit Recht betont, dem Grundsatz des Selbstbestimmungsrechts der Aktiengesellschaft widersprechen. Es besteht auch keine Veranlassung, den in die Satzung aufgenommenen Vorbereitungsgeschäften, die nicht zu den Übernahmen gehören, die Wirksamkeit zu versagen. Irgendwelche Gefahren können, sobald die Geschäfte durch die Satzung offenkundig gemacht sind, weder für die Gesellschaft noch für deren Aktionäre und Gläubiger herbeigeführt werden. Es besteht insbesondere auch nicht die Möglichkeit des vorzeitigen

22) J. v. Gierke, a.a.O., S. 281 ff.; Staub-Pinner, a.a.O., zu § 182; R. Fischer, a.a.O., S. 84 ff.; Mann, a.a.O., S. 122; Kloss, a.a.O., S. 117 ff.; RG 58, 56; 64, 191; JW 1922, 94 Nr. 7.

23) Brodmann, a.a.O., § 200 Anm. 1b.

24) K. Lehmann, a.a.O., I, 375; Makower, a.a.O., § 186, IIIa, 2; Mann, a.a.O., S. 122.

25) Rudolf Fischer, a.a.O., S. 84 ff.

Geschäftsbeginnes, weil die Gründer unmöglich alle durch den Geschäftsbetrieb notwendig werdenden Geschäfte schon bei der Satzungsfeststellung voraussehen können.

IV. Die entstehende Aktiengesellschaft nach ausländischem Recht.

Im folgenden soll noch in Kürze ein Überblick über die in einigen ausländischen Rechten hinsichtlich der entstehenden Aktiengesellschaft getroffenen Regelungen gegeben werden.

1. Im englischen Recht finden sich die Vorschriften über die der kontinentalen Aktiengesellschaft am meisten entsprechende company limited by shares im Companies Act von 1929. Das Gesetz von 1929 unterscheidet, wie das schon im Companies Act von 1908 geschehen war, die public company — die eigentliche Aktiengesellschaft — und die der deutschen Gesellschaft mit beschränkter Haftung entsprechende private company. Die erstere weist alle begriffswesentlichen Erfordernisse der kontinentalen Aktiengesellschaft auf: nämlich eine Mehrheit von Mitgliedern (mindestens 7), ein die wesentlichen Bestimmungen über Name, Sitz, Zweck des Unternehmens, Kapitalbetrag und Haftungsbeschränkung der Mitglieder enthaltendes Statut, das sog. memorandum of association, ein bestimmtes ziffernmäßiges Kapital, dessen Zerlegung in eine Anzahl von Anteilen (shares), eine durch den Nennbetrag der Aktie beschränkte Haftbarkeit der Mitglieder nur der Gesellschaft gegenüber, eigene Organisation etc. Die Gründung der Gesellschaft erfolgt in ziemlich einfacher Weise. Die Gründer, mindestens 7 an der Zahl, haben das sog. memorandum of association zu unterzeichnen und der Registerbehörde einzureichen [1]). Sie haben sich zur Zeichnung von je mindestens einer Aktie zu verpflichten. Haben die Gründer nähere Ausführungsbestimmungen der Gründungsurkunde, insbesondere über die Organisation und die Geschäftsführung der Gesellschaft, sog. articles of association, aufgestellt, so sind auch diese dem Registerrichter vorzulegen. Es bedarf weiter noch der Einreichung einer Reihe von Urkunden, so einer eidesstattlichen Versicherung der Gründer über das Vorliegen der gesetzlichen Voraussetzungen des Eintrags, einer Liste der Personen, die zu Mitgliedern der Verwaltung in Aussicht genommen sind und deren Einwilligungserklärungen hierzu usw. Nach Prüfung aller dieser Urkunden erfolgt die Eintragung der Aktiengesellschaft in das Register, worüber von dem Registerbeamten (Registrar of Joint Stock Companies) [2]) eine Urkunde ausgefertigt wird. Mit dem in dem sog. certificate of incorporation bezeichneten Zeitpunkt ist die Gesellschaft zur juristischen Person geworden, hat also Rechtsfähigkeit erlangt [3]). Die Auffassung über das Wesen der juristischen

1) Palmer, a.a.O., Chapter II P. 17.
2) Palmer, a.a.O., Ch. II P. 18.
3) vgl. Palmer, a.a.O., Ch. II P. 19 "With the issue of the certificate of incorporation the company comes into existence as a body corporate."

Person ist im englischen Recht die gleiche wie im deutschen. So schreibt Palmer: „It is in contemplation of law a person distinct from the members or shareholders who are interested in it, a convenient fiction of law, but with no physical existence“ [4]). Zugleich mit der Rechtsfähigkeit erwirbt die private company (G. m. b. H.) die Berechtigung zum Beginn des Geschäftsbetriebes (s. 94 Ziff. 7 des Companies Act). Nicht dagegen die public company. Von ihr wird die Erfüllung noch weiterer Bedingungen gefordert, ehe sie mit dem Geschäftsbetriebe beginnen darf. Hat die Gesellschaft einen Prospekt mit der Einladung zur öffentlichen Aktienzeichnung ausgegeben, so muß der prospectus den gesetzlich vorgeschriebenen Aufschlußerfordernissen über Zweck und Organisation des Unternehmens, über Sacheinlagen, Gründerkosten usw. genügen. Er muß ferner genaue Angaben darüber enthalten, welches das Minimum der gezeichneten Aktien und der darauf zu leistenden Einzahlungen sein muß und welche Beträge von den Direktoren selbst zu zahlen sind, damit die Zuteilung der Aktien erfolgen kann. Eine Kopie dieses Prospektes muß, von allen in Aussicht genommenen Mitgliedern der Verwaltung unterzeichnet, der Registerbehörde eingereicht werden [5]). Ergeht eine öffentliche Einladung zur Aktienzeichnung nicht, haben vielmehr die Gründer selbst sämtliche Aktien übernommen, so ist an Stelle des Prospektes das sog. statement in lieu, das die Zeichnung sämtlicher Aktien ausweisen muß, der Registerbehörde einzureichen. Abgesehen von diesen Erfordernissen ist der Erwerb der Berechtigung zum Geschäftsbetriebe davon abhängig, daß der im Prospekt angegebene Aktienbetrag gezeichnet und die Mindesteinzahlungen auf die Aktien — auch durch die Direktoren — erfolgt sind [6]). Bei der nicht öffentlichen Gründung ist die Zeichnung des Aktienkapitals bereits durch das statement in lieu festgestellt. Es ist daher bei ihr nur die Einforderung der von den Direktoren zu leistenden Beträge notwendig. Wird das Vorliegen aller dieser Bedingungen dem Registerrichter durch eine eidesstattliche Versicherung eines Sekretärs oder eines Direktors nachgewiesen, so erteilt dieser der Gesellschaft ein Zeugnis über die Berechtigung zum Beginn des Geschäftsbetriebes (s. 94 Ziff. 3). Von diesem Zeitpunkt an ist die public company nicht nur rechtsfähig, sondern auch handlungsfähig. Das englische Recht unterscheidet sich somit interessanterweise von dem deutschen und den meisten anderen Rechten dadurch, daß die Aktiengesellschaft mit der Eintragung zwar rechtsfähig aber noch nicht geschäftsfähig wird.

Um einen vorzeitigen Beginn mit dem Geschäftsbetriebe zu verhindern, droht das englische Gesetz für jeden Fall der Zuwiderhandlung strenge Strafen an. Werden gleichwohl vor der offiziel-

4) Palmer, a.a.O., Ch. VI P. 50, so auch G. E. Rail Co. v. Turner 8 Ch. App. 152 und die anderen bei Palmer angeführten Enstcheidungen.

5) Palmer, a.a.O., Ch. II P. 19, Ch. VI P. 53, vergl. auch Egli, a.a.O., S. 7 ff.

6) Palmer, a.a.O., Ch. VI P. 54.

len Erlangung der Berechtigung zum Beginn des Geschäftsbetriebes Geschäfte namens der Gesellschaft getätigt, so sind diese nach s. 94 Ziff. 4 bis zur Erlangung der Geschäftsfähigkeit für die Gesellschaft nicht bindend. Sie haben, wie das Gesetz sich ausdrückt, nur provisorischen Charakter, sind also aufschiebend bedingt wirksam. Erlangt die Gesellschaft die Berechtigung zum Geschäftsbeginn, so ist sie von diesem Zeitpunkt an aus den Geschäften ohne weiteres berechtigt und verpflichtet[7]). Fällt dagegen die Bedingung aus, so ist der Vertrag hinfällig; die Gesellschaft kann in einem solchen Falle weder den Vertragsgegner noch dieser sie in Anspruch nehmen[8]). Die Regelung für diejenigen Geschäfte, die nach der Inkorporisierung zum Erwerb der Geschäftsfähigkeit vorgenommen werden müssen, ist dem deutschen Recht entsprechend. So bestimmt s. 94 Ziff. 5, daß weder das gleichzeitige Angebot auf Zeichnung oder Zuteilung irgendwelcher Aktien oder Schuldverschreibungen, noch die Entgegennahme von Geld, das bei dem Gesuch auf Zuteilung von Schuldverschreibungen zahlbar ist, irgendwelchen Beschränkungen unterliegen soll. Für die vor der Eintragung ins Register namens der Gesellschaft getätigten nicht notwendigen Geschäfte gilt im englischen Recht nichts anderes, als in den meisten kontinentalen Rechten. Aus ihnen wird die Gesellschaft nach ihrer Eintragung nicht berechtigt und verpflichtet[9]), es sei denn, daß die Gesellschaft nach ihrer Entstehung und der Erlangung der Geschäftsfähigkeit durch ihre zuständigen Organe die für sie begründeten Rechte und Pflichten ausdrücklich oder durch schlüssige Handlungen übernimmt[10]).

Die Frage, wer dem Dritten, der vor der Eintragung der Gesellschaft in das Register in Vertragsbeziehungen zu ihr getreten ist, haftet, ist im Companies Act von 1929 nicht geregelt. Sie muß daher nach den allgemeinen Grundsätzen des bürgerlichen Rechts entschieden werden. Eine dem § 200 Abs. 1 S. 2 HGB entsprechende Regelung, daß der Handelnde dem Vertragsgegner ohne Rücksicht darauf, ob dieser dolos oder redlich war, persönlich haftet, kennt das englische Recht nicht. Der Vertragsgegner kann daher nur dann den Handelnden persönlich in Anspruch nehmen, wenn er von ihm getäuscht worden ist. Hat der Handelnde vorgegeben, eine in Wirklichkeit nicht bestehende Aktiengesellschaft zu vertreten und kannte der Gegner das Nichtbestehen der Gesellschaft nicht, so haftet er dem Dritten aus allgemeinen Deliktsgründen persönlich auf vollen Schadensersatz. Eine Genehmigung solcher namens der noch nicht bestehenden Gesellschaft abgeschlossenen Rechtsgeschäfte durch den eigentlichen Geschäftsherrn kann im englischen Recht, da der Geschäftsherr zur Zeit des Vertragsschlusses noch

7) Palmer, aa.O., Ch. VI P. 54 (4).
8) Palmer, a.a.O., Ch. VI P. 55 (7) und Entscheidung „Otto" Electrical Manufacturing Co. (1905) Ltd. In re. Jenkin's Chaim (1906) 2 Ch. 390.
9 K. Lehmann, a.a.O., S. 438 ff.
10) vgl. Egli, a.a.O., S. 71; Silbernagel, a.a.O., S. 405.

nicht bestand, nicht erfolgen. Diese eigentümliche Regelung, die der Auffassung fast aller kontinentalen Rechtsordnungen widerspricht [11]), ist durch zahlreiche Gerichtsentscheidungen erhärtet worden [12]). Häufiger als im Namen der noch nicht bestehenden Gesellschaft handeln die Gründer im eigenen Namen als Treuhänder für die Gesellschaft. In solchem Falle müssen sie sich aber für den Fall der Nichtentstehung der Gesellschaft ein Recht zur Auflösung des Vertrages vorbehalten oder aber den Vertrag auflösend bedingt schließen, um nicht selbst aus dem Vertrage verhaftet zu werden.

2. In Frankreich regelt sich das Recht der Aktiengesellschaft (société anonyme) nach dem Gesetz vom 24. Juli 1867, das durch eine Reihe von Novellen ergänzt wird. Die Gründung der Gesellschaft beginnt, wie in den meisten kontinentalen Rechten, auch hier mit der Feststellung der Satzung, für die das Gesetz von 1867 jedoch bestimmte inhaltliche Erfordernisse nicht vorschreibt. Die Festlegung der Statuten braucht, abweichend von der überwiegenden Zahl der europäischen Rechte, auch nicht in einem notariellen Akt zu erfolgen. Nach Artikel 21, Absatz 2 des angeführten Gesetzes genügt vielmehr eine von den Gründern ausgestellte und unterzeichnete Privaturkunde [13]). An die Satzungsfeststellung schließt sich die Aufbringung des Aktienkapitals an. Je nachdem, ob die Gründer sämtliche Aktien übernehmen oder ob sie sich zur Zeichnung des Kapitals an die Öffentlichkeit wenden, spricht auch das französische Schrifttum von einer Simultan- bezw. Sukzessivgründung [14]). Wie im deutschen Recht (§ 195, Abs. 3 HGB) muß auch in Frankreich bereits vor der Errichtung der Gesellschaft ein Teil des gezeichneten Aktienkapitals an die Gesellschaft eingezahlt sein und zwar muß der Zeichner den ganzen Zeichnungsbetrag zahlen, wenn die Aktien über 25 frs. lauten, mindestens 25 frs., wenn der Nennwert mehr als 25 frs. und weniger als 100 frs. beträgt und mindestens ¼ des gezeichneten Betrages bei Aktien von nominell 100 frs. und darüber [15]). Bevor die konstituierende Generalversammlung zur Feststellung der Gründungsvoraussetzungen schreitet, haben die Gründer nach Artikel 1 IV und 24 einen Bericht in gerichtlicher oder notarieller Form über die vollständige Zeichnung des Aktienkapitals und die Einzahlung der durch das Gesetz oder die Statuten erforderten Beträge vorzulegen, dem eine Liste der Aktienzeichner unter Angabe der von jedem geleisteten Zahlung beizufügen ist. Sehen die Statuten weder Sacheinlagen noch Son-

11) K Lehmann, a.a.O., S. 443.

12) "A contract made before the incorporation of a company by some person proterring to act on its behalf cannot be ratefied by the company after its incorporation." Kelner v. Baxter LR 2 CP 174 und zahlreiche andere bei Palmer Ch. 26 P. 268 angeführten Entscheidungen.

13) Houpin-Bosvieux, a.a.O., Nr. 613.

14) Pic, a.a.O., Nr. 849.

15) Houpin-Bosvieux, a.a.O., Nr. 1048.

dervorteile für einzelne Gesellschafter vor, so berufen die Gründer eine Generalversammlung ein, die die Richtigkeit der von den Gründern abgegebenen Erklärungen prüft, ohne einen besonderen Beschluß über die Errichtung der Gesellschaft zu fassen (Artikel 24, 25, 30). Aufgabe dieser Versammlung ist es auch die ersten Verwaltungsratsmitglieder (administrateurs) und den Aufsichtsrat (commissaires des comptes) zu wählen, die Verwaltungsratsmitglieder jedoch nur, wenn sie nicht schon im Statut mit der ausdrücklichen Bestimmung ernannt worden sind, daß ihre Wahl von der Genehmigung der Generalversammlung nicht abhängig sein soll. Enthält die Satzung Bestimmungen über Sacheinlagen oder Sondervorteile für einzelne Gesellschafter, so hat zunächst eine erste Versammlung der Aktionäre den Gründerbericht zu prüfen und außerdem die Abschätzung des Werts der Einlagen oder die Prüfung des Grundes der ausbedungenen Vorteile zu veranlassen. Eine zweite Generalversammlung hat alsdann auf Grund des ihr vorliegenden Berichtes über die Genehmigung der Sacheinlagen und der ausbedungenen Sondervorteile zu beschließen. Bei der qualifizierten Gründung gehört es auch zu den Obliegenheiten dieser Versammlung die ersten Verwalter und den Aufsichtsrat zu wählen [16]). Mit der Annahme der Wahl seitens der Verwalter und Kommissare ist die Gesellschaft nach Artikel 25 errichtet. Nach dem Wortlaut dieser Bestimmung ist die Errichtung der Gesellschaft von der Annahme der Wahl durch alle Verwalter und Kommissare abhängig. Für den Fall, daß die Satzung die Zahl der zu wählenden Verwaltungsratsmitglieder nach unten und oben begrenzt, soll jedoch nach Houpin [17]) die Versammlung die Gesellschaft schon dann als errichtet erklären können, wenn noch nicht alle gewählten Verwaltungsratsmitglieder, wohl aber die in der Satzung vorgesehene Mindestzahl die Wahl angenommen hat. Mit der Errichtung ist die Gesellschaft als juristische Person entstanden. Sie kann nunmehr im eigenen Namen Rechte und Pflichten begründen [18]). Zwar müssen noch innerhalb eines Monats von der Errichtung ab bei Vermeidung der Nichtigkeit der Gesellschaft die durch das Gesetz von 1867 vorgesehenen Publizitätserfordernisse erfüllt werden. Es muß ferner innerhalb der gleichen Frist die Gesellschaft bei der Registerbehörde des Orts, an dem sie ihren Sitz hat, zur Eintragung in das régistre du commerce angemeldet werden. Die Erfüllung der Publizitätserfordernisse ist aber ebensowenig wie die Eintragung in das Handelsregister Voraussetzung für die Entstehung der Gesellschaft.

Die Frage nach dem Wesen und der Rechtsnatur der noch nicht errichteten Gesellschaft wird auch für das französische Recht nicht einheitlich beantwortet. Während nach der im Schrifttum und in der Rechtsprechung überwiegenden Meinung die Gesellschaft vor

16) Houpin-Bosvieux, a.a.O., Nr. 1048.
17) Houpin-Bosvieux, a.a.O., Nr. 761.
18) Houpin-Bosvieux, a.a.O., Nr. 761, 763; Pic, a.a.O., 841, 963, 965.

der Errichtung nicht nur dritten Personen, sondern auch den Gründern und Aktienzeichnern gegenüber nicht besteht[19]), muß nach Pic[20]) von dem Beginn der Gründungsperiode an eine personnalité morale intérieure angenommen werden, die ein rechtliches Band zwischen den einzelnen Aktienzeichnern schafft. Pic ist zwar gleichfalls der Ansicht, daß die Gesellschaft nach außen erst mit der endgültigen Errichtung entstehe. Dies hindere seines Erachtens jedoch nicht, schon vor der Errichtung im Innenverhältnis ein soziales Wesen anzunehmen, das ohne Vermittlung anderer Eigentümer der eingezahlten Gelder und der Sacheinlagen werde. Die Gesellschaft wachse aus einer Gruppe von Aktienzeichnern, die sich aus dem nacheinander erfolgenden Beitritt einzelner Aktionäre gebildet habe, bis sie eines Tages dem Publikum gegenüber als Aktiengesellschaft auftreten könne. Sobald zwei Aktienzeichner vorhanden seien, sei die Gesellschaft bereits in ihrem Kern vorhanden, denn die beiden hätten die Verpflichtung, das sich gegenseitig gegebene Wort zu halten. Mögen sich zu ihnen hundert oder tausend hinzugesellen, so bleibt es doch immer „la même formation plastique qui se continue, la même cellule qui s'alimente." Eine Bindung der Aktienzeichner glaubt Pic schon mit Rücksicht auf ihren zu vermutenden Willen annehmen zu müssen. Hinzu kommt aber nach seiner Ansicht, daß die schon vor der Errichtung mannigfaltig auftretenden Geschäftsinteressen nur wirklich geschützt werden können, wenn man in der Gründungsgesellschaft eine von den Gründern und Aktienzeichnern verschiedene Person sehe. Pic vertritt durchaus die in der deutschen Rechtsprechung und Literatur über das Wesen der Gründungsgesellschaft bestehende Auffassung, wenn er sagt: „on pense à l'enfant conçu qui a des droits préexistants à sa naissance"[21]). Daß diese Auffassung den praktischen Bedürfnissen im weiten Maße entgegenkommt, bedarf keiner besonderen Erwähnung. Mit der Annahme einer personalité morale intérieure läßt sich ohne Schwierigkeit der unmittelbare Eintritt der entstandenen Gesellschaft in die von den Gründern vor der Errichtung für Rechnung der entstehenden Gesellschaft begründeten Rechte und Pflichten erklären. Die Ansicht, daß vor der Errichtung die Gesellschaft auch inter partes nicht bestehe, würde andererseits zu der Folgerung zwingen, daß die Gründer nur im eigenen Namen handeln und die von ihnen erworbenen Rechte und Pflichten lediglich auf die später entstandene Gesellschaft zu den Bedingungen übertragen können, die die Gesellschaft ihnen vorschreibt. Dieses Ergebnis wird insbesondere dann den praktischen Bedürfnissen nicht gerecht, wenn es sich, worauf Pic besonders verweist, um die Verwaltung einer Sacheinlage handelt, die aus einem in Betrieb be-

19) Houpin-Bosvieux, a.a.O., Nr. 611 und zahlreiche andere in Anm. 2 zitierte Schriftsteller.

20) Pic, a.a.O., 841; ebenso M. Lescot: „Essai sur la période constitutive des pers. morales p. 188 et suiv."

21) Pic, a.a.O., 841.

findlichen Unternehmen besteht. Hier müsse der Betrieb fortgesetzt werden, wenn nicht der Wert der Einlage erheblich gemindert werden soll, und selbst wenn das Unternehmen noch nicht in Betrieb genommen sei, könne es zweckmäßig sein, schon vor der Errichtung der Gesellschaft Grund und Boden zu erwerben, Verträge auf Lieferung von elektrischer Kraft abzuschließen, Konzessionen nachzusuchen usw. Alle diese Geschäfte werden die Gründer eher vorzunehmen geneigt sein, wenn sie die Gewähr haben, daß aus ihnen nach der Errichtung die Gesellschaft haftet. Auch aus diesem Grunde muß nach Pic angenommen werden, daß zwar dritten Personen gegenüber die Gründer persönlich verpflichtet seien, im Verhältnis der Gesellschafter zueinander aber die von den Gründern vor der Errichtung geschlossenen Verträge zu Nutzen und Lasten der Gesellschaft gehen, als ob sie sie selbst geschlossen hätte. In dem Falle, wo die Gesellschaft sich endgültig nicht konstituiere, müßten allerdings die Gründer als endgültig verpflichtet angesehen werden[22]). Diese Folgerung Pics lehnt jedoch die herrschende französische Lehre ab[23]). Ausgehend von dem Grundsatz, daß die Gesellschaft vor der Erfüllung aller Gründungsformalitäten nicht bestehe, vertritt sie die Ansicht, daß die Gesellschaft im Gründungsstadium weder Vermögensstücke erwerben noch vertragliche Verpflichtungen eingehen könne[24]). In der Entscheidung des tribunal de la Seine ist die Frage, ob ein mit der Aktiengesellschaft im Entwicklungsstadium unter der Bedingung der Entstehung der Gesellschaft abgeschlossener Kaufvertrag gültig sei, ausdrücklich verneint worden. In der Begründung des Urteils wird ausgeführt, daß das Gesetz von 1867 den Verkauf gegen Barzahlung an eine in der Bildung begriffene Gesellschaft weder vorgesehen noch gutgeheißen habe. Nach Houpin würde die Rechtslage auch dann nicht anders sein, wenn der mit der noch nicht bestehenden Gesellschaft geschlossene Kaufvertrag durch die Statuten vorgesehen und Gegenstand der Nachprüfung und Billigung durch die Aktienzeichner gewesen wäre. Nach seiner Ansicht müßten sich die Gründer, die der Gesellschaft das Eigentum an irgendwelchen Vermögensstücken sichern wollten, von den Eigentümern vertraglich das Versprechen geben lassen, die Gegenstände an die Gesellschaft zu den festgelegten Bedingungen zu verkaufen. Der Verkauf könnte dann nach der Errichtung der Gesellschaft durch die Verwalter ausgeführt werden. Während ein namens der in der Bildung begriffenen Gesellschaft geschlossener Kaufvertrag auch dann unwirksam ist, wenn er durch die Statuten vorgesehen wird, ist nach Ansicht der herrschenden Lehre eine statutenmäßige Festlegung hinsichtlich der Gründungskosten, zu denen nicht nur die durch die Publikation und den Druck der Aktienurkunden entstandenen Kosten, sondern

22) Pic, a.a.O., Nr. 842.

23) Houpin-Bosvieux, a.a.O., Nr. 72.

24) Seine 12 déc. 1892 et Paris 23 juill 1894, Poitiers 25 juill 1912 (JS 1893, 108; 1895, 211; 1913, 433).

auch die den Emissionären versprochene Provision gehören, für die Gesellschaft bindend. Enthalten die Statuten keine spezielle Regelung über die Gründungskosten, so ist wie jeder andere Vertrag auch ein zwischen dem Bankhaus und den Gründern zustande gekommener Vertrag über die Zahlung einer Provision für die Gesellschaft nicht bindend[25]). Eine Verpflichtung zur Zahlung einer Provision besteht in einem solchen Falle nur dann, wenn die konstituierende Generalversammlung den Vertrag genehmigt hat[26]).

Aus den von den Gründern vor der endgültigen Errichtung geschlossenen Verträgen werden nach der überwiegenden Meinung die am Vertragsschluß beteiligten Gründer persönlich berechtigt und verpflichtet und sie bleiben es endgültig, wenn nicht die Gesellschaft nach ihrer Entstehung die Rechte und Pflichten durch besonderen Vertrag übernimmt[27]).

2. Hauptteil.

DIE PERSÖNLICHE HAFTUNG DES HANDELNDEN NACH § 200 ABS. 1 S. 2 HGB.

I. Der Rechtscharakter der Haftungsvorschrift.

Die einzige Vorschrift des Aktienrechts, in der vom Handeln vor der Eintragung der Aktiengesellschaft die Rede ist, ist § 200 Abs. 1 S. 2 HGB. Danach haftet der namens der Gesellschaft vor ihrer Eintragung Handelnde persönlich; handeln mehrere, so haften sie als Gesamtschuldner. Bevor in die Behandlung der sich aus § 200 Abs. 1 S. 2 HGB ergebenden Streitfragen eingetreten werden kann, muß zunächst die Bedeutung der Vorschrift klargestellt werden. Über sie gehen die Meinungen bereits weit auseinander.

1. In der älteren Literatur[1]) wurde vielfach der Standpunkt vertreten, daß § 200 Abs. 1 S. 2 HGB lediglich ein Anwendungsfall der in den §§ 177 ff. BGB enthaltenen Grundsätze über die Stellvertretung ohne Vertretungsmacht sei und daher ergänzend eine direkte oder analoge Anwendung des § 179 BGB zulasse. Man kam zu diesem Ergebnis über die Art. 55 und 298 II ADHGB. In diesen Vorschriften war an eine Überschreitung der Prokura bezw. jeder Handlungsvollmacht die persönliche Haftung des Prokuristen oder sonstigen Bevollmächtigten geknüpft. Da man in einem Han-

25) Seine 25 nov. 909 (JS 1911, 407).
26) Houpin-Bosvieux, a.a.O., Nr. 767.
27) Houpin-Bosvieux, a.a.O., Nr. 611.
1) von Völderndorf, a.a.O., S. 411; Behrend, a.a.O., I S. 754 ff.; früher auch Staub, a.a.O. (6. u. 7. Aufl.) § 200 Anm 4.

deln vor der Eintragung der Aktiengesellschaft eine der Vollmachtsüberschreitung ähnliche Rechtslage sah, forderte man zunächst eine analoge oder direkte Anwendung der Art. 55 und 298 II auf den dem heutigen § 200 Abs. 1 S. 2 HGB entsprechenden Artikel 211 Abs. 2 ADHGB und, nachdem die Art. 55 und 298 II ADHGB mit Rücksicht auf die Bestimmung des § 179 BGB im neuen HGB zum Wegfall gekommen waren, die Anwendung des § 179 BGB auf § 200 Abs. 1 S. 2 HGB.

Demgegenüber hat das Reichsgericht, dem die herrschende Lehre [2]) folgt, mit Recht ausgeführt, daß § 200 Abs. 1 S. 2 HGB nicht lediglich das allgemeine zivilrechtliche Prinzip über Rechtshandlungen des Vertreters ohne Vertretungsmacht zum Ausdruck bringt. Man kann dies zweifelsfrei aus der Entstehungsgeschichte der Vorschrift folgern. Der dem § 200 Abs. 1 S. 2 HGB inhaltlich gleiche Artikel 211 Abs. 2 ADHGB wich in seinem Wortlaut erheblich von den Art. 55 und 298 II ADHGB ab. Hätte gleichwohl ein sachlicher Unterschied zwischen diesen Bestimmungen nicht bestanden, so hätte folgerichtig Art. 211 Abs. 2 ebenso wie Art. 55 und 298 Abs. 2 ADHGB mit Rücksicht auf die allgemeine Regelung des § 179 BGB bei der Neufassung des HGB gestrichen werden müssen. Aus dem Umstande, daß dies nicht geschah, sondern Art. 211 Abs. 2 als § 200 Abs. 1 S. 2 ins neue HGB übernommen worden ist, muß gefolgert werden, daß es sich hier um eine Vorschrift eigener Art handelt, die, um mit den Worten des Reichsgerichts zu sprechen, „lediglich aus sich selbst, aus ihrem Zweck und aus ihrer Stellung im Aktienrecht zu verstehen ist". Die Ablehnung der Anwendungsmöglichkeit des § 179 BGB auf den von § 200 Abs. 1 S. 2 HGB erfaßten Sachverhalt hat erhebliche praktische Bedeutung. Während nach der älteren Lehre die persönliche Haftpflicht des vor der Eintragung der Gesellschaft Handelnden in analoger Anwendung des § 179 Abs. 3 BGB dann nicht bestehen würde, wenn dem Gegenkontrahenten die Nichteintragung der Gesellschaft bekannt war, kann es nach der herrschenden Lehre auf die Kenntnis des Gegners von der Nichtexistenz der Gesellschaft nicht ankommen. Ebenso wenig vermag entgegen § 179 Abs. 1 BGB die nachträgliche Genehmigung des Geschäfts durch die Gesellschaft — die nur bei nicht notwendigen Geschäften in Betracht kommt — an der persönlichen Haftpflicht des Handelnden etwas zu ändern.

2. Mit dieser Stellungnahme sind aber noch nicht alle die Bedeutung des § 200 Abs. 1 S. 2HGB betreffenden Zweifelsfragen gelöst. Die herrschende Lehre sieht in dieser Bestimmung eine im allgemeinen Verkehrsinteresse gegebene handelspolitische Strafnorm, die den Zweck habe, einerseits ein Handeln vor der Eintragung der Gesellschaft nach Möglichkeit zu verhindern, andererseits den Ver-

---

2) RG 47, 1; 70, 298; 72, 401; Fischer, a.a.O., S. 111; J. v. Gierke, a.a.O., S. 194; Homberger, a.a.O., S. 35; Staub-Pinner, a.a.O., § 200 Anm. 4 und 9.

tragsgegner zu schützen. Ihre Stütze hat diese Auffassung in den auch in der Entscheidung des Reichsgerichts im 47. Bd. S. 1 ff. herangezogenen Motiven zum Preußischen Entwurf eines Handelsgesetzbuchs von 1857, nach denen der für § 200 Abs. 1 S. 2 HGB vorbildlich gewesene Art. 181 den Zweck haben sollte: „zu verhüten, daß die Aktiengesellschaft vor erteilter landesherrlicher Genehmigung faktisch als solche ihre Geschäfte beginne“ [3]).

Der von der herrschenden Lehre angenommene Verhütungszweck des § 200 Abs. 1 S. 2 HGB wird jedoch in der neueren Literatur hier und da entschieden abgelehnt. So wendet insbesondere Kloss [4]) ein, daß der Gesetzgeber unmöglich die Verhütung der allein in Betracht kommenden nicht notwendigen Geschäfte im Auge gehabt haben könne, da diese Geschäfte unwirksam seien, es aber sinnlos wäre, unwirksame Geschäfte verhüten zu wollen. Der der herrschenden Auffassung zu Grunde liegende Satz aus den Motiven zum Entwurf eines Preußischen HGB könne für die Zweckbestimmung des heutigen § 200 Abs. 1 S. 2 HGB deshalb nicht herangezogen werden, weil damals die Sachlage anders gewesen sei. Nach damaligem Recht hätten, wie Kloss annimmt, infolge des Fehlens der erst durch die Novelle von 1884 eingeführten Sicherungsmaßnahmen auch nicht notwendige Geschäfte schon vor der Eintragung wirksam abgeschlossen werden können.

Die von Kloss vorgebrachten Argumente widerlegen jedoch die herrschende Meinung nicht. Kloss irrt, wenn er glaubt, daß durch den Abschluß nicht notwendiger Geschäfte niemand geschädigt werden könnte, und aus diesem Grunde eine Verhütung solcher Geschäfte überflüssig sei. Zwar entsteht der Gesellschaft selbst, ihren Aktionären und den bereits vorhandenen Gesellschaftsgläubigern aus solchen Geschäften regelmäßig kein Schaden, wohl aber dem Gegenkontrahenten, der, in dem Glauben ein wirksames Geschäft abschließen zu können, sich auf Verhandlungen mit den namens der Gesellschaft Auftretenden einläßt. Die Unwirksamkeit nicht notwendiger Geschäfte ist es also nicht, die gegen den Verhütungszweck des § 200 Abs. 1 S. 2 HGB spricht.

Gleichwohl kann der herrschenden Lehre aus einem anderen Grunde nicht beigepflichtet werden. Nach richtiger Auffassung erfaßt § 200 Abs. 1 S. 2HGB nicht nur die Fälle der vollmachtlosen Stellvertretung für die Gesellschaft, sondern auch die Fälle, in denen die Gründer bezw. die vorläufigen Organe befugtermaßen für die Gesellschaft vor ihrer Eintragung handeln. Handeln die Gründer aber befugt, d. h. nehmen sie die durch den gesetzlichen Gründungshergang notwendig werdenden Rechtshandlungen vor, so kann ihre gleichwohl bestehende persönliche Haftpflicht keinen Strafcharakter haben. Denn es ist klar, daß das Gesetz die Vor-

3) Vgl. Motive zum Preußischen Entwurf S. 91.

4) Kloss, a.a.O., S. 85, 75; Vgl. auch Mann, a.a.O., S. 119 leider ohne Angabe von Gründen.

nahme solcher Geschäfte, die es an einer Stelle nicht nur für zulässig hält, sondern sogar erfordert, an anderer Stelle vernünftigerweise nicht verbieten und mit einer Strafe belegen kann. Die für jedes Handeln vor der Eintragung die persönliche Haftpflicht anordnende Bestimmung des § 200 Abs. 1 S. 2 HGB kann daher nicht als „handelspolitische Strafnorm" aufgefaßt werden. Es muß vielmehr angenommen werden, daß diese Vorschrift lediglich den Zweck hat, das Publikum vor den ihm aus einem Handeln vor der Eintragung der Gesellschaft in erhöhtem Maße drohenden Gefahren zu schützen. Nur ein solcher Schutzcharakter läßt es gerechtfertigt erscheinen, die persönliche Haftung auch auf die Vornahme notwendiger Geschäfte zu erstrecken, da auch aus ihnen, wie später noch zu zeigen sein wird, Gefahren für den Vertragsgegner erwachsen [5]).

II. Art der unter § 200 Abs. 1 S. 2 HGB fallenden Handlungen.

1. Es haftet der vor der Eintragung namens der Gesellschaft Handelnde persönlich. Nach diesem Wortlaut des § 200 Abs. 1 S. 2 HGB kann es nicht zweifelhaft sein, daß die persönliche Haftung nicht deliktischer, sondern rechtsgeschäftlicher Natur ist; denn Delikte werden nicht namens eines andern vorgenommen. Weit schwieriger erscheint indessen die Beantwortung der Frage, ob § 200 Abs. 1 S. 2 HGB ein rechtsgeschäftliches Handeln für die Gesellschaft nach Abschluß eines formell gültigen Gesellschaftsvertrages voraussetzt, oder ob bezüglich des die persönliche Haftpflicht begründenden Handelns ein Anfangstermin nicht besteht. Der Wortlaut des Gesetzes schafft über diese Frage keine Klarheit. Sie wird deshalb auch in Rechtsprechung und Literatur verschieden beantwortet. Während die Praxis [6]) überwiegend das Erfordernis eines formell gültigen Gesellschaftsvertrages verneint, wird im Schrifttum [7]) fast allenthalben ohne nähere Begründung der entgegengesetzte Standpunkt vertreten. Das Reichsgericht, das erstmalig im 122. Bd. S. 172 mit dieser Frage hinsichtlich des dem § 200 Abs. 1 S. 2 HGB gleichlautenden § 11 Abs. 2 GmbH.-G. befaßt worden ist, schließt sich in dieser Entscheidung der Auffassung der Praxis an. Es weist zunächst darauf hin, daß aus dem Wortlaut der §§ 11 Abs. 2 GmbH.-G. und 200 Abs. 1 S. 2 HGB nicht zu entnehmen sei, daß das Gesetz nur für ein Handeln namens der Gesellschaft nach Abschluß eines formell gültigen Gesellschaftsvertra-

5) Für Schutzcharakter RG 106, 73; Kloss, a.a.O., S. 85; Giseke, a.a.O., S. 30; Mann, a.a.O., S. 119.

6) OLG Dresden in Seuff. Arch. Bd. 65, Nr. 178; OLG 34, 356; OLG 24, 135; KG in JW 1926, 2100.

7) Staub-Pinner, a.a.O., § 700 Anm. 10; Goldschmit, a.a.O., § 200 Anm. 9; Hachenburg, a.a.O., § 11 Anm. 9 GmbH-G; Scholz, a.a.O., § 11 Anm. II, 2.

ges die persönliche Haftpflicht des Handelnden habe anordnen wollen. Der rechtspolizeiliche Charakter dieser Vorschrift lege jedoch die Annahme nahe, daß die persönliche Haftung des Handelnden überall da eintreten sollte, „wo die Gesellschaft wenigstens im Keime schon vorhanden ist, wo also durch die Verhandlungen zwischen den Gründern schon greifbare Ansätze zu der künftigen Gesellschaft getroffen worden sind". Das Bedürfnis, denjenigen zu schützen, der in Rechtsbeziehungen zu der werdenden Gesellschaft trete, bestehe auch schon in dem Zeitraum vor Abschluß des Gesellschaftsvertrages. Daß ein formell gültiger Gesellschaftsvertrag für den Eintritt der persönlichen Haftpflicht die Voraussetzung bilde, könne nach der Ansicht des Reichsgerichts um so weniger angenommen werden, als der Gesellschaftsvertrag lediglich die Rechtsbeziehungen der Gesellschafter untereinander regele, diese aber für die Frage der persönlichen Haftung ohne Belang seien.

Diese Entscheidung des Reichsgerichts ist in der Literatur insbesondere von Schmidt II einer scharfen Kritik unterzogen worden. Schmidt, dem Lion in wesentlichen Punkten beitritt[8]), vertritt die Auffassung, daß schon die Stellung des § 11 Abs. 2 GmbH.-G. in dem Abschnitt „Errichtung der Gesellschaft" zu dem Schluß zwinge, daß durch diese Bestimmung lediglich die nach der Errichtung der Gesellschaft, also nach Abschluß eines formgültigen Gesellschaftsvertrages vorgenommenen Rechtshandlungen erfaßt werden sollten. Für diese Ansicht spreche auch der Inhalt des § 11 Abs. 2. Wenn Abs. 1 des § 11 anordne, daß die Gesellschaft vor ihrer Eintragung als solche nicht besteht, so habe dies nur einen Sinn für die Zeit nachAbschluß des Gesellschaftsvertrages, denn vor diesem Zeitpunkt könne von einer Gesellschaft nicht die Rede sein. Das gleiche müsse aber auch für Abs. 2 gelten. Ein Handeln namens der Gesellschaft vor der Eintragung setze daher den Abschluß des Gesellschaftsvertrages voraus. Entscheidend sei aber letzten Endes Sinn und Zweck des § 11 Abs. 2 GmbH.-G. Dieser spreche jedoch entschieden gegen eine Anwendung der Bestimmung auf die Zeit vor Abschluß des Gesellschaftsvertrages. § 11 Abs. 2 sei kein Anwendungsfall des § 179 BGB. Die persönliche Haftung des vor der Eintragung Handelnden erstrecke sich vielmehr den besonderen gesellschaftsrechtlichen Bedürfnissen entsprechend nicht nur auf das vollmachtlose Handeln für die noch nicht bestehende Gesellschaft, sondern vor allem auch — und das sei die Regel — auf die Fälle, in denen die Gründer Rechtsmacht zum Handeln für die künftige Gesellschaft hatten. Um einerseits dem Bedürfnis nach Vornahme der notwendigen Geschäfte im Gründungsstadium entgegenzukommen, andererseits aber den Verkehr zu schützen, sei die außerhalb des § 179 BGB stehende Regelung im GmbH.-G. getroffen worden. Eine lediglich für das Gründungsstadium getrof-

8) JW 1929 S. 648 mit Anmerkung von Schmidt II und Lion; ferner Homburger in JW 1930, 1422.

fene Regelung dürfe aber nicht weiter ausgedehnt werden, als es durch den rechtspolizeilichen Charakter erfordert werde. Im übrigen sei auch kein Grund ersichtlich, denjenigen, der vor Abschluß des Gesellschaftsvertrages in vertragliche Beziehungen zu der Gesellschaft trete, über das Maß des § 179 BGB hinaus zu schützen. Die Entscheidung des Reichsgerichts sei aber schließlich auch deshalb bedenklich, weil sie eine klare Grenzziehung vermissen lasse. Es werde stets zweifelhaft sein, ob eine Gesellschaft „schon im Keime vorhanden" sei.

Die von Schmidt vorgebrachten Gründe sind jedoch nicht geeignet, die Ansicht des Reichsgerichts zu widerlegen. Es muß vielmehr der Entscheidung im 122. Bd. und den darin aufgestellten Grundsätzen, die nicht nur für das GmbH.-Recht, sondern in gleicher Weise auch für den § 200 Abs. 1, S. 2 HGB gelten, im Ergebnis durchaus beigepflichtet werden. Was zunächst die Stellung des § 200 Abs. 1 S.2 HGB innerhalb des Gesetzes anbelangt, so steht die aktienrechtliche Vorschrift anders als § 11 GmbG.-G. nicht unter dem Titel „Errichtung der Gesellschaft", sondern unter den „allgemeinen Vorschriften". Die Stellung im Gesetz läßt also zum mindestens für die aktienrechtliche Vorschrift bedeutsame Schlüsse nicht zu. Aber auch der Inhalt des § 200 Abs. 1 S. 2 HGB spricht ebenso wenig wie der des § 11 Abs. 2 GmbH.-G. gegen die Auffassung des Reichsgerichts. Es kann keineswegs zugegeben werden, daß aus den Worten des Gesetzes: „Wird vorher namens der Gesellschaft gehandelt...." auf das Bestehen einer — wenn auch erst errichteten — Gesellschaft geschlossen werden müsse. Namens der Gesellschaft kann auch gehandelt werden, wenn die Gesellschaft noch nicht errichtet ist. Dies nimmt die in der Literatur vertretene Auffassung auch selbst an, denn sie verlangt auch im Aktienrecht für die Anwendbarkeit des § 200 Abs. 1 S. 2 HGB lediglich den Abschluß des Gesellschaftsvertrages, der ja keineswegs gleichbedeutend mit der Errichtung der Gesellschaft ist.

Wenn es aber auf die Errichtung der Gesellschaft, durch die die Aktiengesellschaft in Form eines nicht rechtsfähigen Vereins zur Entstehung gelangt, nicht ankommt, dann ist in der Tat nicht einzusehen, warum gerade der Gesellschaftsvertrag, der, wie das Reichsgericht zutreffend ausführt, lediglich die Rechtsverhältnisse der Gründer und Aktienzeichner untereinander regelt, für die Frage der persönlichen Haftpflicht irgendwelche Bedeutung haben sollte. Die vom Reichsgericht vertretene Auffassung wird aber auch allein dem Sinn und Zweck des § 200 Abs. 1 S. 2 HGB gerecht. Es ist bereits bemerkt worden, daß durch die Anordnung der persönlichen Haftpflicht des Handelnden das Publikum vor den ihm bei einem Handeln vor der Eintragung drohenden Gefahren geschützt werden sollte. Diese Gefahren bestehen aber auch schon vor Abschluß eines formell gültigen Gesellschaftsvertrages. Sobald die Gründer auf Grund bindender Abmachungen untereinander die notwendigen Anstalten zur Gründung einer Aktiengesellschaft treffen, sobald

also die Gesellschaft „im Keime vorhanden ist", besteht die Gefahr, daß die Gründer für die Gesellschaft tätig werden, und damit auch die die persönliche Haftpflicht rechtfertigende besondere Gefahr für das Publikum.

Diese Gefahr besteht nicht in gleichem Maße, wenn die Gründung einer Aktiengesellschaft unter den Gründern nicht einmal geplant ist. Darum ist auch in dem seltenen Falle, daß vor geplanter Gründung namens einer Aktiengesellschaft gehandelt wird, der Dritte durch § 179 BGB ausreichend geschützt. Ist ihm in einem solchen Falle das Nichtbestehen einer Gesellschaft bekannt, so entfällt mit Fug und Recht jede Haftpflicht des Handelnden. Der Einwand Schmidts, daß kein innerer Grund ersichtlich sei, den vor der Errichtung einer GmbH in ihrem Namen Auftretenden anders als nach § 179 BGB zu behandeln und den Dritten zu schützen, obwohl er weiß, daß für eine nicht einmal in Gestalt einer Vorgesellschaft bestehende GmbH gehandelt werde, richtet sich weniger gegen die Ansicht des Reichsgerichts, als gegen § 11 Abs. 2 GmbH.-G. (§ 200 Abs. 1 S. 2 HGB) selbst. Denn die Sachlage ist nach der Errichtung der Gesellschaft keineswegs anders. Auch dann besteht an sich kein innerer Grund, die Gründer, die bei der Vornahme nicht notwendiger Geschäfte als Vertreter ohne Vertretungsmacht handeln, über den Umfang des § 179 BGB hinaus haften zu lassen. Die gesetzliche Regelung besteht aber nun einmal. Für die Auffassung des Reichsgerichts spricht aber noch folgende Erwägung: Wollte man die persönliche Haftung des Handelnden nur nach Abschluß des formell gültigen Gesellschaftsvertrages eintreten lassen, so würde der Dritte, der in Rechtsbeziehungen zu der werdenden Gesellschaft tritt, zur Nachprüfung des Gesellschaftsvertrages gezwungen werden. Dies würde aber, worauf Abraham[9]) schon hingewiesen hat, zu praktisch unmöglichen Konsequenzen führen. Es kann nicht zweifelhaft sein, daß durch eine derartige Beschränkung der persönlichen Haftpflicht die Rechtssicherheit in hohem Maße leiden würde. Der Dritte könnte schließlich gefahrlos überhaupt nie in Vertragsbeziehungen zu der künftigen Gesellschaft treten. Selbst zur Vornahme notwendiger Geschäfte könnte er sich ohne Risiko nicht bereit finden, weil er bis zum Zeitpunkt der Eintragung nie sicher wäre, daß ein formgültiger Gesellschaftsvertrag tatsächlich besteht. Endlich kann gegenüber der Entscheidung des Reichsgerichts auch nicht eingewendet werden, daß sie eine klare Abgrenzung gegenüber dem Fall des § 179 BGB nicht ermögliche. Es ist bereits früher dargelegt worden, daß die Gründer, bevor sie an die Feststellung des Gesellschaftsvertrages gehen, sich regelmäßig über die näheren Einzelheiten der Gesellschaftsgründung einig werden. Sobald diese Einigung getroffen ist, ist die Gesellschaft im Keime vorhanden. Von nun an steht der Anwenbarkeit des § 200 Abs. 1 S. 2 HGB nichts im Wege.

9) JW 1929 S. 1372.

2. Die Wortfassung des § 200 Abs. 1 S. 2 HGB hat weiterhin zu Zweifeln darüber Anlaß gegeben, was unter Handeln „namens der Gesellschaft" zu verstehen sei. Die insbesondere auch vom Reichsgericht vertretene herrschende Meinung[10]) sieht diesen Tatbestand in allen Fällen rechtsgeschäftlichen Handelns für die Gesellschaft als gegeben an, gleichgültig, ob die vorläufigen Organe namens der eingetragenen Gesellschaft oder ausdrücklich namens der erst in der Entstehung begriffenen Gesellschaft handeln, gleichgültig ferner, ob sie nicht notwendige oder notwendige Geschäfte vornehmen. Demgegenüber wird in der Literatur vereinzelt, so vor allem von Sieburg[11]), aus dem Wortlaut des § 200 Abs. 1, S. 1 HGB, wo von der Aktiengesellschaft als solcher die Rede ist, gefolgert, daß auch in Satz 2 nur ein Handeln namens der Gesellschaft als solcher gemeint sein könne. Sieburg verweist zur Stützung seiner Ansicht auch darauf, daß ein Handeln namens der errichteten Gesellschaft als Handeln namens eines nicht rechtsfähigen Vereins bereits unter § 54 S. 2 BGB falle und daher nicht nochmals geregelt zu werden brauche. Die Ansicht Sieburgs erscheint jedoch nicht zutreffend. Der Wortlaut des § 200 Abs. 1 S. 2 HGB bietet keinen Anhalt dafür, daß nur ein Handeln namens der eingetragenen Gesellschaft die persönliche Haftpflicht auslösen solle. Hätte der Gesetzgeber tatsächlich an eine solche Beschränkung der Haftpflicht gedacht, so hätte er wohl bei seiner sonst so genauen Terminologie die Worte „als solche" im Satz 2 noch einmal wiederholt. Abgesehen hiervon kann es schon infolge der Identität von Vorgesellschaft und Aktiengesellschaft, wie Heberlein zutreffend bemerkt, keinen Unterschied machen, ob namens der errichteten oder der Aktiengesellschaft als solcher gehandelt wird. Alle im Namen der Vorgesellschaft abgeschlossenen Geschäfte sind zugleich auch für die Aktiengesellschaft abgeschlossen. Handelt es sich bei den geschlossenen Rechtsgeschäften um notwendige, so wird aus ihnen, gleichgültig ob die Gründer für die errichtete oder für die entstandene Gesellschaft aufgetreten sind, zunächst die Gründungsvereinigung und später die Aktiengesellschaft ohne weiteres berechtigt oder verpflichtet. Andererseits sind nicht notwendige Geschäfte nicht nur dann unwirksam, wenn sie namens der künftigen Gesellschaft vorgenommen worden sind, sondern auch dann, wenn die Gründer namens der Gründungsvereinigung gehandelt haben. Aus ihnen wird niemals weder die errichtete noch die entstandene Gesellschaft ohne weiteres berechtigt oder verpflichtet.

Die dem Publikum drohenden Gefahren, denen durch die Anordnung der persönlichen Haftpflicht begegnet werden sollte, bestehen also in dem einen wie in dem anderen Falle. Wenn Sieburg

10) RG 47, 1; 70, 298; RG in Gruchot Bd. 46, 848 ff.; Staub-Pinner, a.a.O., § 200 Anm. 10; Heberlein, a.a.O., S. 51; Sass, a.a.O., S. 82; Goldschmit, a.a.O., zu § 200.

11) Sieburg, a.a.O., S. 19; Fischer, a.a.O., S. 111; Homberger, a.a.O., S. 37.

ferner einwendet, daß zu einer Ausdehnung der persönlichen Haftpflicht des § 200 Abs. 1 S. 2 HGB auf die namens der Entstehungsgesellschaft vorgenommenen Geschäfte schon um deswillen kein Anlaß bestehe, weil der nicht rechtsfähige Verein sich auch als solcher verpflichten und dafür mit seinem Vermögen haften könne, so muß ihm entgegengehalten werden, daß das Vermögen der nicht rechtsfähigen Gründungsvereinigung das Vermögen der späteren Aktiengesellschaft ist und aus diesem Grund den gesetzlichen Sicherungsvorschriften zufolge nicht mit Schulden aller Art belastet werden kann. Der nicht rechtsfähige Gründungsverein kann nicht wie sonst jeder nicht rechtsfähige Verein unbeschränkt im Rechtsverkehr handelnd auftreten. Der Umstand, daß ausdrücklich namens der errichteten Gesellschaft gehandelt wird, hat nur, wie Heberlein hervorhebt, die Bedeutung, daß neben § 200 Abs. 1 S. 2 HGB auch § 54 S. 2 BGB zur Anwendung gelangt[12]).

3. Einige andere Schriftsteller[13]) glauben wiederum die Anwendbarkeit des § 200 Abs. 1 S. 2HGB entgegen der herrschenden Meinung auf die Vornahme notwendiger Geschäfte leugnen zu müssen. So ist Brodmann der Ansicht, daß die herrschende Lehre nicht mit dem Sinn und Zweck des § 200 Abs. 1 S. 2 HGB in Einklang zu bringen sei. Durch die Anordnung der persönlichen Haftpflicht des Handelnden sollte, wie er ausführt, in erster Linie der Zweck verfolgt werden, den vor der Eintragung zu der Gesellschaft in Vertragsbeziehungen tretenden Dritten zu schützen. Ein solches Schutzbedürfnis bestehe wohl bei den schwebend unwirksamen nicht notwendigen Geschäften, nicht aber bei den notwendigen Geschäften; denn aus ihnen hafte die eingetragene Gesellschaft unmittelbar und, wenn die Eintragung scheitern sollte, die Gesamtheit der Gründer und Aktienzeichner gemäß §§ 714, 427 BGB. Andererseits sei es auch nicht angängig, die persönliche Haftpflicht als Strafe für den Abschluß solcher Geschäfte eintreten zu lassen, denn das Gesetz selbst gebe den Gründern die Befugnis, diese Geschäfte schon vor der Eintragung der Gesellschaft wirksam vorzunehmen. Das Gesetz könne daher unmöglich die Vornahme notwendiger Geschäfte durch § 200 Abs. 1 S. 2 HGB verhindern wollen.

Darin, daß die persönliche Haftpflicht bei der Vornahme notwendiger Geschäfte als Zivilstrafe nicht am Platze wäre, ist Brodmann vollkommen beizupflichten. Nichts zwingt aber auch dazu, die persönliche Haftpflicht als Zivilstrafe für den Handelnden aufzufassen. Für ihre Anordnung war vielmehr, wie auch in den Nürnberger Protokollen mehrfach zum Ausdruck gebracht wurde, das Interesse des Verkehrs maßgebend. § 200 Abs. 1 S. 2 HGB hat nicht nur in erster Linie, sondern ausschließlich den Zweck, den zu der werdenden Gesellschaft in Vertragsbeziehungen tretenden Drit-

12) Staudinger, a.a.O., zu § 54 BGB.
13) Brodmann, a.a.O., zu § 200 S. 103; Müller, a.a.O., S. 175.

ten zu schützen. Ein Schutzbedürfnis des Dritten muß aber entgegen der Ansicht Brodmanns auch bei notwendigen Geschäften bejaht werden. Auch diese Geschäfte sind keineswegs gefahrlos für den Vertragsgegner. Wird die Gesellschaft eingetragen, so haftet ihm diese allerdings unmittelbar und in voller Höhe seiner Forderung. Scheitert aber die Eintragung der Gesellschaft, womit immerhin gerechnet werden muß, so haften dem Dritten die Mitglieder der errichteten Gesellschaft nur beschränkt mit ihren Anteilen am Vermögen der Gesellschaft. Der Vertragsgegner müßte also, um volle Befriedigung zu erlangen, möglicherweise mehrere Gründer oder Aktienzeichner in Anspruch nehmen. Abgesehen von dieser Unzuträglichkeit besteht aber auch die Gefahr, daß der Vertragsgegner infolge einer Anfechtung der Zeichnungserklärungen durch einzelne Aktienzeichner, die vor der Eintragung allgemein für zulässig gehalten wird[14]), ganz oder teilweise seiner Haftungsgrundlage beraubt wird. Es muß aus diesem Grunde mit der herrschenden Meinung angenommen werden, daß auch die Vornahme notwendiger Geschäfte die persönliche Haftpflicht des § 200 Abs. 1, S. 2 HGB begründet. Das gleiche muß entsprechend für die im Gesellschaftsvertrage geregelten Geschäfte gelten.

III. Die handelnden Personen.

Es erhebt sich nunmehr die weitere Frage, wer als Handelnder im Sinne des § 200 Abs. 1, S. 2 HGB zu gelten hat. Daß derjenige Handelnder ist, der als Gründer, vorläufiger Vorstand, Geschäftsführer oder sonstiger Bevollmächtigter das Rechtsverhältnis namens der Gesellschaft mit dem Dritten eingeht, kann nicht zweifelhaft sein. Ob aber darüber hinaus zu den Handelnden auch diejenigen zu zählen sind, die zwar nicht unmittelbar am Vertragsabschluß beteiligt sind, aber doch Einfluß auf ihn ausgeübt haben, ist nach dem Wortlaut des Gesetzes nicht ohne weiteres klar.

1. Das Reichsgericht und ihm folgend die herrschende Lehre[15]) legt den Begriff „Handelnder" sehr weit aus und läßt nicht nur die geschäftsführenden Mitglieder, sondern auch die Gründer und Aktienzeichner haften, die als Triebfeder für den aktiv Hervorgetretenen in Betracht kommen. Zwar könne nach Ansicht des Reichsgerichts die Tatsache, daß jemand Gründer oder Aktienzeichner sei, die Haftung des § 200 Abs. 1, S. 2 HGB allein nicht begründen; irgendein für die vorgenommene Handlung in Betracht kommendes Tun oder Unterlassen müsse vielmehr auf Seiten des in Anspruch

14) RG 82, 377; 88, 272; 118, 274; J. v. Gierke, a.a.O., § 39 III, 4.

15) RG 55, 302; 70, 297; RG i. JW 1909, 231; Staub-Pinner, Brodmann, Goldschmit u. a. zu § 200 HGB.

Genommenen vorgelegen haben. Andererseits sei aber nicht erforderlich, daß dieser den speziellen Auftrag zu der Handlung gegeben habe. Ihre Stütze hat diese Ansicht des Reichsgerichts in den Nürnberger Protokollen zum ADHGB[16]). In ihnen wurde bei der Begründung des Artikels 211 ADHGB, der sachlich unverändert als § 200 ins neue HGB übernommen worden ist, ausgeführt, daß unter den Handelnden nicht nur die am Vertragsabschluß Beteiligten, sondern selbstverständlich auch die etwaigen Auftraggeber gemeint seien. An anderer Stelle wurde auch die Beschränkung auf die Auftraggeber fallen gelassen und gegenüber dem Einwande, daß mit der bloßen Haftung des Handelnden dem Publikum bei größeren Geschäften wenig gedient sei und es besser wäre, das ganze Vereinsvermögen haften zu lassen, nochmals festgestellt, daß man zu den Handelnden alle Gründer und Aktienzeichner zu zählen habe, mit deren Willen gehandelt worden sei. Die Ansicht des Reichsgerichts entspricht also durchaus dem Standpunkt der Motive; sie wird aber gleichwohl in der Literatur vielfach verworfen.

2. Man wendet ein, daß die vom Reichsgericht angenommene gesetzgeberische Absicht, mag sie auch vorgelegen haben, im Gesetzestext selbst nicht zum Ausdruck gekommen sei und daher für die Auslegung des Begriffes Handelnder nicht bestimmend sein könne. So vertritt insbesondere Scholz zu § 11 Abs. 2 GmbH.-G. den Standpunkt, daß eine Haftung derjenigen, mit deren Wissen und Willen gehandelt worden sei, sich weder mit dem Wortlaut des Gesetzes noch mit auftragsähnlichen Grundsätzen vereinbaren lasse. Es könne unmöglich jemand lediglich deshalb nach außen hin als Handelnder erscheinen, weil er an der vorgenommenen Handlung ein sachliches Interesse habe[17]). Es kann indessen nicht eingesehen werden, inwiefern die Wortfassung des § 200 Abs. 1, S. 2 HGB einer Ausdehnung der Haftpflicht auf diejenigen Gründer entgegenstehen soll, die dem Geschäftsabschluß durch einen anderen ausdrücklich oder durch konkludente Handlungen zugestimmt haben. Man muß allerdings unter „Handeln" nicht allein das äußere Hervortreten beim Geschäftsabschluß sondern auch die Tätigkeit der Urheber der Handlung oder der sonst an ihr Interessierten verstehen. Es ist auch kein innerer Grund ersichtlich, den Gründer, der ausdrücklich sein Einverständnis zu dem durch einen anderen vorgenommenen Geschäftsabschluß erklärt hat, hinsichtlich der Haftpflicht anders als den Handelnden selbst anzusehen. Ebenso wenig erscheint es gerechtfertigt, den in konkludenter Weise sein Einverständnis erklärenden Gründer, der z. B. an den Verhandlungen eines andern Gründers teilgenommen, sich dann aber noch vor Abschluß des Geschäftes vielleicht rein zufällig entfernt hat, von

16) Nürnberger Prot. S. 1039 u. 1450.

17) Mit ähnlicher Begründung Lehmann-Ring, a.a.O., zu § 200 Anm. 2; Behrend, a.a.O., I S. 755 ff.; Homberger, a.a.O., S. 36; für das alte Recht Renaud, a.a.O. S. 397.

der persönlichen Haftpflicht auszunehmen. Allerdings kann die Haftungsbestimmung des § 200 Abs. 1, S. 2 HGB nicht, wie das Reichsgericht anzunehmen scheint, auch auf denjenigen angewendet werden, der sich dem ihm bekannten Handeln eines anderen gegenüber völlig passiv verhalten hat. Ein Einverständnis mit der Handlung kann aus dem bloßen Schweigen nicht gefolgert werden. Solche Rückschlüsse wären nur dann möglich, wenn man jeden Gründer, der von der Handlung eines anderen Kenntnis erlangt, für verpflichtet halten müßte, der Vornahme der Handlung ausdrücklich zu widersprechen. Eine derartige Verpflichtung läßt sich aber aus § 200 Abs. 1, S. 2 HGB auch bei weitester Auslegung des Begriffes „Handeln" nicht herleiten [18]).

Die nachträgliche, wenn auch noch vor der Eintragung der Gesellschaft erfolgte Zustimmung zu der Handlung eines anderen begründet nach richtiger Ansicht die persönliche Haftpflicht nicht. Der die Haftpflicht auslösende Tatbestand liegt in einem solchen Falle abgeschlossen in der Vergangenheit. Der nachträglich Zustimmende beschwört durch seine Tätigkeit keine Gefahren herauf, so daß auch kein Anlaß besteht, ihn haften zu lassen.

Die persönliche Haftpflicht des Handelnden erstreckt sich, wie nach Sinn und Zweck des § 200 Abs. 1, S. 2 HGB nicht zweifelhaft sein kann, nur auf die gegenüber Dritten vorgenommenen Handlungen [19]). Eine Klage der Gesellschaft gegen einen Gründer, der durch sein Handeln vor der Eintragung die Interessen der Gesellschaft verletzt hat, läßt sich auf § 200 Abs. 1, S. 2 HGB nicht stützen.

IV. Art und Umfang der Haftung.

Die persönliche Haftpflicht des Handelnden hat, wie bereits mehrfach betont, den Zweck, den in Vertragsbeziehungen zu der werdenden Gesellschaft tretenden Dritten vor den ihm infolge der Nichtexistenz der Gesellschaft drohenden Gefahren zu schützen. Es fragt sich nunmehr, wofür der Handelnde haftet. Während das Gesetz sonst regelmäßig die Haftung als Haftung auf Schadensersatz oder auf Erfüllung näher bezeichnet, sagt § 200 Abs. 1, S. 2 HGB über die Art der Haftung nichts. Aus Sinn und Zweck der Haftungsbestimmung läßt sich aber mit Sicherheit folgern, daß die Haftung nicht als abstrakte in dem Sinne gedacht war, daß der Handelnde für jeden dem Dritten durch den Vertragsschluß entstandenen Schaden aufzukommen hätte. Eine unbedingte Schadenshaftung würde auch in einem Falle über den dem Dritten billigerweise zu gewährenden Schutz hinausgehen, in einem anderen wie-

18) Mit der Beschränkung auf ausdrückliche Zustimmung Sieburg, a.a.O., S. 16.

19) OLG, a.a.O., Colmar in Recht 1904 S. 455 Nr. 1936; Sass S. 80; Mann, a.a.O., S. 119.

derum nicht ausreichend sein. Abgesehen hiervon läßt auch der Wortlaut des Gesetzes, der von einem Haften schlechthin spricht, den Schluß zu, daß lediglich ein Einstehen des Handelnden für die dem Vertragsgegner zugesagte Leistung angeordnet werden sollte. Es ist also davon auszugehen, daß sich der Umfang der Haftung des Handelnden nach dem Rechtsgeschäft bestimmt, das zwischen dem Vertragsgegner und der Gesellschaft zustande gekommen wäre, wenn diese zur Zeit des Vertragsschlusses schon als selbständiges Rechtssubjekt bestanden hätte [20]). Daraus folgt, daß bezüglich des Umfangs der Haftung die für das zugrunde liegende Rechtsgeschäft geltenden gesetzlichen Vorschriften nach jeder Richtung zu berücksichtigen sind. Ist dieses Rechtsgeschäft ein Kaufvertrag, so können gegen den Handelnden nur diejenigen Rechte geltend gemacht werden, die nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechts dem Verkäufer gegen den Käufer zustehen. Das ist in erster Linie also der Anspruch auf Erfüllung. Im Falle schuldhafter Nichtleistung kann jedoch der Vertragsgegner nach allgemeinen Vorschriften Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen. Gegenüber der Klage des Vertragsgegners hat aber auch der Handelnde alle Einreden, die dem Käufer gegenüber dem Verkäufer gegeben sind, z. B. die Einrede der Nichterfüllung, der Verjährung usw.[21]). Sind für den Umfang der Haftung die persönlichen Verhältnisse der Vertragschließenden maßgebend, so kommt es, da sich die Haftung nach dem Rechtsgeschäft bestimmt, das mit der entstandenen Gesellschaft zustande gekommen wäre, nicht auf die Verhältnisse des Handelnden, sondern der Gesellschaft an. So sind die Vorschriften des Handelsgesetzbuchs über Höhe und Fälligkeit gesetzlicher Zinsen auch dann anzuwenden, wenn nur der Gegenkontrahent Kaufmann, der Handelnde aber Nichtkaufmann ist; denn die Gesellschaft — und diese allein ist maßgebend — hätte als juristische Person die Kaufmannseigenschaft besessen [22]). Das Reichsgericht weist in einer Entscheidung im 75. Band S. 203 ff. zutreffend darauf hin, daß z. B. die Verjährungsfrist nicht nach den Verhältnissen des Handelnden, sondern so zu bemessen ist, als wäre die Verbindlichkeit im Gewerbebetriebe der gar nicht zur Entstehung gelangten Gesellschaft entstanden.

Aus den bisherigen Ausführungen ergibt sich bereits, daß der Vertragsgegner nicht wahlweise einen Anspruch auf Erfüllung oder Schadensersatz geltend machen kann. Eine derartige alternative Verpflichtung des Handelnden ließe sich nur mit Hilfe einer nicht möglichen analogen Anwendung des § 179 BGB begründen. In diesem Punkte vertritt die Theorie und die Praxis fast einmütig denselben Standpunkt. Sass [23]) irrt, wenn er glaubt, das Reichsgericht habe im 72. Bande S. 401 ff. seinen bisherigen, der herrschenden Lehre ent-

20) RG 75, 206; Sass, a.a.O., S. 101; Sieburg, a.a.O., S. 24.
21) Bendix in Seufferts Blätter 78, 55; RG in Gruchot Bd. 73 S. 252.
22) Staub-Pinner, a.a.O., Anm. 12 zu § 200.
23) Sass, a.a.O., S. 110.

sprechenden Standpunkt verlassen und dem Vertragsgegner ein Wahlrecht auf Erfüllung oder Schadensersatz gegen den Handelnden zugestanden. Daß das Reichsgericht auch in dieser Entscheidung dem Gegenkontrahenten einen Schadensersatzanspruch nur im Falle des Verzuges oder der schuldhaften Unmöglichkeit der Leistung zubilligt, ergibt sich klar aus den weiteren Ausführungen, in denen das Vorliegen der einen Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung begründenden gesetzlichen Voraussetzungen in der Person des Handelnden eingehend geprüft wird.

Der Handelnde haftet nach § 200 Abs. 1, S. 2 HGB dem Vertragsgegner mit seinem ganzen Vermögen in unbeschränkter Höhe. Der Annahme einer unbeschränkten Haftung steht nicht etwa der Umstand entgegen, daß derjenige, der Mitglied einer Aktiengesellschaft wird, von vornherein die Absicht hat, nur in Höhe der von ihm übernommenen Anteile zu haften. Diese Haftungsbeschränkung der einer werdenden Aktiengesellschaft angehörenden Mitglieder hat nur insoweit Bedeutung, als die Mitglieder in ihrer Eigenschaft als Gesellschafter in Anspruch genommen werden. Auf die persönliche Haftpflicht des Handelnden hat die allgemeine Haftungsbeschränkung jedoch keinen Einfluß. Handeln mehrere, so haften sie nach dem Gesetz unbeschränkt und solidarisch.

V. Die persönliche Haftung beim Eintritt der Aktiengesellschaft in die für sie begründeten Rechtsverhältnisse.

1. Es ist oben dargelegt worden, daß aus den vor der Eintragung namens der Gesellschaft geschlossenen notwendigen Geschäften die Gesellschaft mit ihrer Eintragung ohne weiteren Rechtsakt berechtigt und verpflichtet wird. Andererseits ist gezeigt worden, daß nicht notwendige Geschäfte zwar nicht ohne weiteres, aber doch dann der Gesellschaft gegenüber wirksam sind, wenn diese nach erfolgter Eintragung die Geschäfte genehmigt. Es ist nunmehr zu untersuchen, welchen Einfluß der Eintritt der Aktiengesellschaft in die vor ihrer Eintragung geschlossenen Rechtsgeschäfte auf die gemäß § 200 Abs. 1, S. 2 HGB entstandene persönliche Haftung des Handelnden ausübt.

Was zunächst die nicht notwendigen Geschäfte anlangt, so vertritt das Reichsgericht und mit ihm die herrschende Lehre den Standpunkt, daß die nachträgliche Genehmigung solcher Geschäfte durch die Gesellschaft die persönliche Haftung des Handelnden nicht zum Erlöschen bringt. Diese Auffassung wird vor allem von Sieburg als unhaltbar abgelehnt[24]). Sieburg ist der Ansicht, daß selbst dann, wenn man dem Reichsgericht folgend die Bestimmung des Preußischen Entwurfs eines HGB, nach der ein Handeln vor

24) Vergl. Sieburg JW 1912 S. 115.

der Eintragung der Gesellschaft verhütet werden sollte, zur Grundlage des jetzigen § 200 HGB mache, die Fortdauer der persönlichen Haftung über die Genehmigung des Geschäftes hinaus nicht bejaht werden könne. Ob der Handelnde bis zur Erfüllung hafte oder seine Haftung schon früher endige, sei nach seiner Auffassung eine reine Zweckmäßigkeitsfrage, die aus jenem allgemeinen Grundsatz nicht zu lösen sei. Für die Beantwortung dieser Frage müsse, da die konkrete Gestaltung im Gesetz über die Art der Haftung, vor allem auch über ihre Beendigung nichts ergebe, die Natur des Rechtsverhältnisses, insbesondere auch der Parteiwille entscheidend sein. Dieser ginge jedoch dahin, die Gesellschaft zu verpflichten. Nur mit ihrer Haftung rechne der Dritte, und daher könne auch der Gegner nur verpflichtet sein, diese Haftung herbeizuführen. Aus diesen Erwägungen ergebe sich aber folgerichtig, daß die Haftung des Handelnden, wenn die Gesellschaft in den Vertrag eintrete, untergehe und zwar deshalb untergehe, weil sie nur eine Art Gewährleistung war. Abgesehen hiervon sei es nach seiner Ansicht auch völlig unbegründet, dem Dritten statt eines Schuldners, mit dem er gerechnet habe, zwei haften zu lassen [25]).

Der Ansicht Sieburgs kann aber schon aus dem Grunde nicht beigetreten werden, weil sie auf eine analoge Anwendung des § 179 BGB hinausläuft. Daß in der Vornahme eines nicht notwendigen Geschäftes vor der Eintragung der Gesellschaft ein Handeln ohne Vertretungsmacht liegt, wird auch von der herrschenden Lehre nicht bestritten. Dieses Handeln ohne Vertretungsmacht ist aber, wie bereits mehrfach betont, vom Gesetz aus Zweckmäßigkeitsgründen mit besonderen Rechtsfolgen ausgestattet worden. Eine direkte oder analoge Anwendung der im § 179 BGB enthaltenen allgemeinen Grundsätze hinsichtlich des Umfangs und der Beendigung der Haftung des vollmachtlosen Stellvertreters auf die aktienrechtliche Haftung des Handelnden wird von der herrschenden Lehre nach Sinn und Zweck des § 200 Abs. 1, S. 2 HGB mit Recht abgelehnt. Es kann demnach die Frage, ob die nachträgliche Genehmigung eines nicht notwendigen Geschäftes durch die Gesellschaft den Handelnden von seiner persönlichen Haftpflicht befreit, lediglich aus § 200 Abs. 1, S. 2 HGB selbst beantwortet werden. Der Wortlaut dieser Bestimmung zwingt aber zur Verneinung der Frage. Die Vorschrift spricht von einer Haftung des Handelnden schlechthin ohne Rücksicht darauf, ob die Gesellschaft jemals zur Entstehung kommen und darüber hinaus die in ihrem Namen geschlossenen Verträge genehmigen wird. Sie statuiert eben nicht, wie Sieburg meint, eine bloße Gewährleistungspflicht des Handelnden. Allerdings kann nicht verkannt werden, daß Sieburgs Ansicht viel für sich hat. Es ist in der Tat nicht einzusehen, warum der Dritte, der zu einer noch nicht bestehenden Gesellschaft in Vertragsbeziehungen getreten ist, unter Umständen besser gestellt sein soll, als wenn

25) Ebenso Cosack, a.a.O., I S. 751; Behrend, a.a.O., I S. 754.

er mit der bestehenden Gesellschaft kontrahiert hätte. Eine diesem Gedanken Rechnung tragende Änderung des § 200 Abs. 1, S. 2 HGB wäre daher de lege ferenda durchaus erwägenswert.

2. Die persönliche Haftung des Handelnden besteht aber nicht nur bei nicht notwendigen Geschäften neben einer eventuellen Haftung der Gesellschaft fort, sondern auch bei den notwendigen Geschäften. Auch hier erlischt die persönliche Haftung, da das Gesetz nichts Gegenteiliges ergibt, erst mit der Erfüllung des Geschäfts. Ein Untergang der durch die Vornahme notwendiger Geschäfte entstandenen persönlichen Haftpflicht mit der Eintragung der Gesellschaft folgt keineswegs, wie Sass [26]) meint, schon aus der Erwägung, daß der Geschäftsführer, der sich gewissenhaft aller zur Entstehung der Gesellschaft nicht unbedingt notwendigen Handlungen enthalten hat, nicht mehr nach der Eintragung der Gesellschaft für deren nunmehrige Verbindlichkeiten haftbar gemacht werden könne. Solchen Billigkeitserwägungen, mögen sie auch am Platze sein, hat das Gesetz in keiner Weise Rechnung getragen. Es ergibt sich somit zusammenfassend, daß der Vertragsgegner, auch wenn die Gesellschaft in die mit ihm geschlossenen Rechtsgeschäfte eintritt, die Möglichkeit behält, den Handelnden persönlich in Anspruch zu nehmen.

3. Eine solche Inanspruchnahme des neben der Gesellschaft weiter haftenden Handelnden ist nicht etwa von dem Nachweise abhängig, daß von der Gesellschaft die Erfüllung des Geschäftes nicht zu erlangen sei; denn die Haftung des Handelnden ist keine bürgschaftsähnliche [27]). Handelnder und Gesellschaft haften vielmehr in solchem Falle dem Gegenkontrahenten als Gesamtschuldner nach den Bestimmungen der §§ 421 ff. BGB [28]). Daß die Verpflichtungen beider Schuldner auf verschiedenen Rechtsgründen beruhen, nämlich für den Handelnden auf dem Gesetz und für die Gesellschaft auf Vertrag, steht dem Begriff des Gesamtschuldverhältnisses nach einhelliger Ansicht nicht entgegen. Die Annahme einer gesamtschuldnerischen Haftung des Handelnden und der Gesellschaft hat vor allem auch zur Folge, daß der Handelnde eine Einrede der Gesellschaft nicht für sich verwerten kann. Das ergibt sich aus der Vorschrift des § 425 BGB, nach der andere als in den §§ 422—424 BGB bezeichneten Tatsachen nur für und gegen den Schuldner wirken, in dessen Person sie eintreten. Ein aus dem Innenverhältnis zur Gesellschaft hergeleitetes Leistungsverweigerungsrecht läßt sich für den Handelnden auch nicht durch eine analoge Anwendung des § 129 HGB begründen. Nach dieser Bestimmung kann der Gesellschafter einer offenen Handelsgesellschaft, der gemäß § 128 für

26) Sass, a.a.O., S. 96.
27) A. A. Nussbaum Arch. f. bürg. Recht Bd. 10 S. 339 ff.
28) Brodmann, a.a.O., S. 104; RG in Gruchot 46, 855; JW 1925, 650; RG 72, 401 ff.

die Verbindlichkeiten der Gesellschaft haftet, alle Einwendungen vorbringen, die der Gesellschaft gegenüber der Forderung zustehen. Das Reichsgericht hat aber mit Recht darauf hingewiesen [29]), daß der Handelnde nach § 200 Abs. 1, S. 2 HGB nicht für eine Verbindlichkeit der Gesellschaft, sondern für eigene Schuld haftet und auch sonst in keiner Weise dem Gesellschafter einer OHG gleichgestellt werden kann. Wird der Handelnde auf Grund des Gesamtschuldverhältnisses von dem Vertragsgegner in Anspruch genommen, so hat er im Innenverhältnis einen Erstattungsanspruch gegen die Gesellschaft, der nach auftragsrechtlichen Grundsätzen auf die gesamte bewirkte Leistung geht.

VI. Ausschluß und Wegfall der persönlichen Haftung.

1. § 200 Abs. 1, S. 2 HGB enthält, wie allgemein anerkannt ist, kein zwingendes Recht. Die Haftung des vor der Eintragung namens der Gesellschaft Handelnden kann daher durch Vereinbarung zwischen dem Handelnden und dem Vertragsgegner von vornherein ausgeschlossen werden. Die herrschende Lehre [30]) vermag allerdings die Möglichkeit des Haftungsausschlusses mit Rücksicht auf den von ihr angenommenen Strafcharakter der Haftung nicht ohne Schwierigkeiten zu begründen. Sie führt zur Stützung ihrer Ansicht an, daß auch der Strafcharakter des § 200 Abs. 1, S. 2 HGB die im Grunde privatrechtliche Natur des Gesellschaftsrechts nicht gänzlich aufheben könne. Der Parteivereinbarung sei vielmehr, da das Gesetz etwas Abweichendes nicht anordne, auch hinsichtlich der Haftung des § 200 HGB ein gewisser Spielraum verblieben. Demgegenüber ließe sich aber mit Recht einwenden, daß eine vom Gesetz für ein bestimmtes Verhalten festgesetzte Zivilstrafe auch ohne näheren Hinweis im Gesetz nicht einfach durch Parteivereinbarung aus der Welt geschafft werden könne. Wenn die Haftung des Handelnden eine Strafe sei, könne es auf die Erklärung des Dritten, auf die Strafe keinen Wert zu legen, ebenso wenig ankommen, wie auf die Erklärung des Handelnden, nicht haften zu wollen. Über diese Schwierigkeit kommt man jedoch hinweg, wenn man die Vorschrift des § 200 Abs. 1, S. 2 HGB nicht als handelspolitische Strafnorm, sondern, wie es in der vorliegenden Arbeit geschehen ist, als Schutzbestimmung zu Gunsten des mit der noch nicht entstandenen Gesellschaft kontrahierenden Dritten ansieht. Geht man von einem solchen Schutzcharakter der persönlichen Haftung aus, so kann man die Möglichkeit des Haftungsausschlusses durch Parteivereinbarung unbedenklich bejahen. Denn es besteht natürlich keine Veranlassung, dem Vertragsgegner eine ihm über-

29) RG 72, 406.

30) Staub-Pinner, a.a.O., § 200 Anm. 11; Hachenburg, a.a.O., § 11 Anm. 10; Brand, a.a.O., § 200 Anm. 2 b; Fischer, a.a.O., S. 112; Sieburg, a.a.O., S. 34; RG 47, 3.

flüssig erscheinende Sicherstellung gegen seinen Willen aufzudrängen.

Ein Haftungsausschluß kann zwischen den Parteien in verschiedener Form vereinbart werden. Es ist denkbar, daß der Handelnde ausdrücklich die Verantwortung für die mit dem Dritten getroffenen Abmachungen ablehnt. Ist der Gegenkontrahent mit einem Haftungsausschluß in dieser Form einverstanden, so kann er später den Handelnden in keinem Falle persönlich auf Erfüllung des Vertrages in Anspruch nehmen. Die persönliche Haftung des Handelnden kann aber vertraglich auch in der Weise modifiziert werden, daß sie nur im Falle der Nichteintragung der Gesellschaft oder der Ablehnung des Geschäfts durch die entstandene Gesellschaft eintreten soll. Dann würde die persönliche Haftung des Handelnden mit der Eintragung der Gesellschaft bezw. der Genehmigung des Geschäftes fortfallen. Ein Haftungsausschluß kann aber auch stillschweigend unter den Parteien vereinbart werden. Allerdings wird ein stillschweigender Haftungsausschluß nicht immer leicht zu begründen sein. Sicher ist, daß die Kenntnis des Dritten von der Nichteintragung der Gesellschaft als stillschweigender Haftungsausschluß nicht gedeutet werden kann; denn der Dritte hat möglicherweise gerade im Vertrauen auf die unabhängig von seiner Kenntnis eintretende Haftung des Handelnden den Vertrag mit ihm abgeschlossen [31]). Andererseits wird in einem Vertragsschluß unter der Bedingung der Entstehung der Gesellschaft oder der Genehmigung des Geschäfts durch sie regelmäßig ein stillschweigender Haftungsausschluß zu erblicken sein [32]). Gelangt in einem solchen Falle die Aktiengesellschaft nicht zur Entstehung oder genehmigt sie den Vertrag nicht, so ist das Geschäft ohne weiteres wegen Ausfalls der Bedingung unwirksam. Ein Einstehenmüssen des Handelnden für die Entstehung der Gesellschaft oder die Genehmigung des Geschäfts entspricht bei dieser Sachlage regelmäßig nicht dem Willen der Parteien, denn diese haben ja das Wirksamwerden des Vertrages von der als ungewiß angenommenen Entstehung der Gesellschaft oder Genehmigung ausdrücklich abhängig gemacht. Etwas anderes kann nur dann angenommen werden, wenn die Umstände des Einzelfalls ergeben, daß der Handelnde auch im Falle der Nichteintragung der Gesellschaft oder der Nichtgenehmigung des Geschäfts persönlich für die Erfüllung des Vertrages einstehen sollte. Ein stillschweigender Haftungsausschluß wird insbesondere bei den stets durch die Entstehung der Gesellschaft bedingten Übernahmeverträgen des § 186 HGB als vereinbart gelten müssen [33]). Ebenso ist nach ständiger Rechtsprechung

---

31) RG 47, 3.

32) Homberger, a.a.O., S. 35; Silbernagel, a.a.O., S. 377; Heberlein, a.a.O., S. 54; Dressler, a.a.O., S. 52.

33) Lehmann-Ring, a.a.O., § 186 Anm. 4; Brand, a.a.O., § 186, Anm. 4; Lehmann, Recht der Aktiengesellschaft I S. 374, 443; Homberger, a.a.O., S. 37.

des Reichsgerichts bei sogenannten Dauerverträgen der Verkehrsauffassung und dem zu unterstellenden Willen der Parteien entsprechend ein Untergang der persönlichen Haftung dann anzunehmen, wenn die Gesellschaft in das rechtliche Dauerverhältnis eintritt [34]).

2. Eine Befreiung des Handelnden von der persönlichen Haftung kann aber auch nachträglich durch Erlaßvertrag oder durch privative Schuldübernahme seitens der Gesellschaft erfolgen. Der Eintritt der Gesellschaft in die für sie begründeten Verbindlichkeiten, sei es, daß er ipso iure, sei es, daß er infolge der Genehmigung des Geschäfts erfolgt, hat, wie gezeigt worden ist, nicht die Wirkung, daß der Handelnde von seiner Haftpflicht befreit wird. Die Gesellschaft wird durch ihren Eintritt in das Rechtsverhältnis lediglich Zweitschuldner neben dem Handelnden. Will die Gesellschaft eine Haftentlassung des Handelnden herbeiführen, so kann sie dies auf dem Wege erreichen, daß sie den für sie geschlossenen Vertrag nicht nur genehmigt, sondern die Schuld des Handelnden gemäß § 414 BGB übernimmt. Durch eine nicht ohne Mitwirkung des Gläubigers mögliche privative Schuldübernahme würde der Handelnde von seiner Haftung frei werden.

Praktisch wichtiger ist aber die nachträgliche Haftbefreiung des Handelnden infolge Verzichts des Gläubigers. Da die Frage, ob im einzelnen Fall der Gläubiger auf die persönliche Haftung des Handelnden verzichtet hat, meist erhebliche Schwierigkeiten bieten wird, soll auf die Frage des Verzichts noch näher eingegangen werden. Unter Verzicht auf ein Recht wird allgemein die Erklärung des Berechtigten verstanden, durch die dieser seinen auf Aufhebung seines Rechts gerichteten Willen zum Ausdruck bringt. Der Wille muß sich naturgemäß auf Aufhebung eines bestimmten rechtlichen Vorteils richten, der überhaupt Gegenstand eines Verzichts sein kann. Auf dem Gebiete der Schuldverhältnisse bedarf der Verzicht gemäß §§ 397, 305 BGB der Vertragsform. Dies hat aber nicht, wie man nach der Struktur des Gesetzes annehmen könnte, die Bedeutung, daß die Parteien nur durch gleichwertige Erklärungen, in denen ihr Aufhebungswille zum Ausdruck kommt, das Schuldverhältnis zum Erlöschen bringen könnten. Eine solche Annahme würde der Gestaltung, die das Verhältnis im praktischen Leben annimmt, durchaus widersprechen. Will der Gläubiger den Schuldner aus der Haftung entlassen, dann wird das in der Praxis regelmäßig so vor sich gehen, daß der Gläubiger dem Schuldner seinen diesbezüglichen Entschluß mitteilt, und der Schuldner sich entweder ausdrücklich damit einverstanden erklärt oder überhaupt nicht antwortet. Es wird sich also fast immer um Verträge handeln, in denen nur die Erklärung des Gläubigers die eigentlich rechtswirksame ist, während das Verhalten des Schuldners lediglich in einer nicht ablehnenden Hal-

34) RG in JW 1927, 1091 mit Anm. von Hachenburg; RG 116, 74.

tung besteht. Es wird denn auch in Theorie und Praxis übereinstimmend der Standpunkt vertreten, daß die Bestimmung des § 397 BGB, nach der der Erlaß der Form des Vertrages bedarf, lediglich die Bedeutung hat, daß der Schuldner durch seinen Widerspruch den Eintritt der Rechtswirkung hindern kann[35]).

Es besteht aber weiter auch Einigkeit darüber, daß auch die vertragsmäßige Verzichtserklärung des Gläubigers in Form der stillschweigenden Willenserklärung erfolgen kann. Man wird daher einen stillschweigenden Verzicht immer dann annehmen müssen, wenn das Verhalten des Berechtigten mit dem Fortbestande seines Rechts, über das ihm die freie Disposition zusteht, in offenbaren Widerspruch gerät. Eine solche Feststellung wird man aber nicht ohne sorgfältige Prüfung aller Umstände des Einzelfalles treffen dürfen. Es liegt auf der Hand, daß der Gläubiger sich nicht schon dadurch zu seinem Recht gegen den Handelnden in Widerspruch setzt, daß er lediglich die Gesellschaft selbst auf Erfüllung des Vertrages in Anspruch nimmt.

35) Walsmann, a.a.O., S. 230 ff.; Hartmann Ziv. Arch. Bd. 85, 1 ff.